



经济法 基础

吴伟基 主 编
陈木波 副主编



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY
<http://www.phei.com.cn>

经 济 法 基 础

吴伟基 主 编

陈木波 副主编

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 · BEIJING

内 容 简 介

本书是根据教育部颁布的有关中职学校经济法课程教学的基本要求,结合财经类中职学校的教学大纲及特点编写的。突出了以下特点:第一,本书针对中职学生的心理特点和知识结构进行编写,以精练、实用、够用为目的,编写时力求降低经济法理论的难度,突出重点,讲清难点,联系实际,深入浅出。第二,着重加强学生对经济法律法规的理解能力和运用能力的培养。本教材增加了大量的课堂案例和综合练习,基本上涵盖了各章节的重要知识点,既便于学生理解、掌握教材内容,也便于学生巩固、检测学习效果。本教材主要适用于中职学校的财经类各专业,如财务会计、市场营销、商务及物流等专业。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容
版权所有,侵权必究

图书在版编目(CIP)数据

经济法基础/吴伟基主编. — 北京:电子工业出版社, 2011.5

ISBN 978-7-121-13444-9

I. ①经… II. ①吴… III. ①经济法—中国—教材 IV. ①D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 078816 号

责任编辑:张云怡 特约编辑:尹杰康

印 刷:

装 订:

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本:787×1 092 1/16 印张:13.75 字数:348.8 千字

印 次:2011 年 5 月第 1 次印刷

印 数:3010 册 定价:26.50 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010)88254888。

质量投诉请发邮件至 zltz@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010)88258888。

编写说明

《经济法基础》是根据教育部颁布的有关中职学校经济法课程教学的基本要求，结合财经类中职学校的教学大纲及特点编写的。本教材从经济法的基本原理入手，详细地介绍了个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资企业法、合同法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法、会计法、票据法和支付结算法律、国际货物买卖和货物运输法律以及经济纠纷的诉讼、仲裁、行政复议等内容，各专业可以根据本专业的实际选择其中的内容进行学习。

针对职业教育的特色和经济法教学的特点，教材本着以理论必需够用为度，以突出实用为原则，编写时力求突出重点，讲清难点，联系实际，深入浅出，着重加强学生对经济法律法规的理解能力和运用能力的培养。每部分都结合教学内容编有大量案例，供教师引用案例进行分析讲解，每章后面配有综合练习题，便于学生检测学习成果。

本教材由吴伟基主编，副主编陈木波，全书共 34.88 万字，其中吴伟基负责编写 23.41 万字，陈木波负责编写 11.47 万字。各章参编人员分工如下：第一章、第二章、第三章、第四章、第五章、第六章、第十章及全书各章综合练习题由吴伟基编写；第七章、第八章、第九章由陈木波编写。全书由吴伟基负责修改、总纂、定稿。同时，对龚茂圣在教材出版过程中给予的支持表示感谢。

尽管编者在总结多年教学经验和借鉴参考了大量相关资料的基础上，力求编写出适合中职学校教学需要、实用性强的新教材，但由于水平有限及编写时间仓促，书中难免有不足之处，敬请广大师生批评指正。

编 者

2011 年 1 月

目 录

第一章 经济法概述	1
第一节 经济法的概念和调整对象	1
一、经济法的概念	1
二、经济法的调整对象	1
三、我国经济法规的主要内容	2
第二节 经济法律关系	3
一、经济法律关系的概念	3
二、经济法律关系的构成要素	3
三、经济法律关系的发生、变更和消灭	5
第三节 经济法律行为的代理	6
一、代理的概念和特征	6
二、代理的种类	6
三、无权代理及代理权的滥用	7
第四节 违反经济法的法律责任	7
综合练习题一	8
第二章 内资企业法律制度	12
第一节 企业法概述	12
一、企业的概念和分类	12
二、我国企业法的体系	13
第二节 个人独资企业法	13
一、个人独资企业的概念和特征	13
二、个人独资企业法的概念和适用范围	14
三、个人独资企业的设立	15
四、个人独资企业的投资人及事务管理	16
五、个人独资企业的权利	17
六、个人独资企业的解散、清算	18
第三节 合伙企业法	19
一、合伙企业法和合伙企业	19
二、普通合伙企业	20
三、有限合伙企业	25
四、合伙企业的解散、清算	26
综合练习题二	27



第三章 外商投资企业法	31
第一节 外商投资企业法概述	31
一、外商投资企业的概念和特征	31
二、外商投资企业的种类	31
三、外商投资企业的投资项目	31
四、我国对外商投资企业的法律保护	32
第二节 中外合资经营企业法	33
一、中外合资经营企业的概念和特征	33
二、中外合资经营企业的设立	33
三、中外合资经营企业的组织形式、注册资本与合营各方的出资方式	34
四、中外合资经营企业的组织机构	35
五、中外合资经营企业的经营管理	35
六、中外合资经营企业的期限、解散和清算	36
七、合营各方争议的解决	36
第三节 中外合作经营企业法	37
一、中外合作经营企业的概念和特征	37
二、中外合作经营企业的注册资本与投资、合作条件	37
三、中外合作经营企业的组织形式与管理形式	38
四、中外合作经营企业收益分配、亏损风险分担及投资回收	39
五、中外合作经营企业的合作期限和终止	39
第四节 外资企业法	39
一、外资企业的概念和特征	39
二、外资企业的设立	40
三、外资企业的组织形式、注册资本、出资方式和出资期限	40
四、外资企业的经营管理	41
五、外资企业的期限、终止和清算	41
综合练习题三	42
第四章 公司法律制度	46
第一节 公司法概述	46
一、公司的概念和特征	46
二、公司的种类	46
三、公司法的概念和适用范围	47
第二节 有限责任公司	47
一、有限责任公司的概念与特征	47
二、有限责任公司的设立	48
三、有限责任公司的组织机构	49
四、一人有限责任公司的特别规定	52
五、国有独资公司的特别规定	52



第三节 股份有限公司.....	53
一、股份有限公司的概念与特征.....	53
二、股份有限公司的设立.....	54
三、股份有限任公司的组织机构.....	54
四、股份有限公司的股份发行和转让.....	55
第四节 公司的合并、分立、解散和清算.....	56
一、公司的合并和分立.....	56
二、公司的解散和清算.....	57
综合练习题四.....	58
第五章 合同法律制度.....	61
第一节 合同和合同法概述.....	61
一、合同的概念.....	61
二、我国合同法的概念.....	61
三、我国合同主体的范围.....	62
四、我国合同法的基本原则.....	62
五、合同的分类.....	62
第二节 合同的订立.....	63
一、合同的形式.....	63
二、合同的内容（主要条款）.....	64
三、订立合同的程序.....	65
四、合同成立的时间和地点.....	68
五、缔约过失责任.....	69
第三节 合同的效力.....	69
一、合同的生效.....	70
二、无效合同.....	70
三、可撤销可变更的合同.....	70
四、效力待定的合同.....	71
五、无效合同、可撤销或变更合同的法律后果.....	71
第四节 合同的履行.....	71
一、合同履行的概念.....	71
二、合同履行的规则.....	72
三、抗辩权的行使.....	72
四、保全措施.....	73
第五节 合同的担保.....	74
一、担保的概念和特征.....	74
二、保证.....	74
三、抵押.....	76
四、质押.....	78
五、留置.....	79



六、定金.....	80
第六节 合同的变更、转让和终止	81
一、合同的变更.....	81
二、合同的转让.....	81
三、合同的终止.....	82
第七节 违约责任.....	85
一、违约责任的概念和归责原则	85
二、违约行为.....	85
三、违约责任的种类.....	86
四、违约责任的免除.....	87
综合练习题五.....	88
第六章 会计法律制度.....	97
第一节 会计法概述.....	97
一、会计法的概念	97
二、会计法的适用范围	97
三、会计法的基本原则	98
四、会计管理体制	98
第二节 会计核算.....	99
一、会计核算的内容.....	99
二、会计年度和记账本位币	99
三、会计核算的要求.....	100
四、会计电算化.....	101
第三节 会计监督.....	102
一、单位内部监督	102
二、国家监督.....	102
三、社会监督.....	103
第四节 会计机构和会计人员	103
一、会计机构的设置和会计人员的配备	103
二、会计机构内部的稽核制度和内部牵制制度.....	103
三、会计人员的任职资格	104
四、会计人员的工作交接.....	104
第五节 违反会计法的法律责任	104
一、会计人员违反会计法的法律责任	104
二、单位负责人违反会计法的法律责任	104
三、单位违反会计法的法律责任	105
四、财政部门及有关行政部门工作人员的法律责任.....	105
综合练习题六.....	105



第七章 产品质量和市场秩序法律制度	109
第一节 产品质量法	109
一、产品质量和产品质量法	109
二、产品质量监督	110
三、生产者、销售者的产品质量义务	111
四、违反产品质量义务的法律后果	112
第二节 反不正当竞争法	114
一、不正当竞争行为的特征	115
二、不正当竞争行为的主要表现	115
三、不正当行为的监督检查	116
四、不正当竞争行为的法律后果	117
第三节 消费者权益保护法	117
一、消费者权益保护法概念及其保护的主体	117
二、消费者的权利	118
三、经营者的义务	118
四、消费者权益的国家保护和社会保护	119
五、侵犯消费者合法权益的法律后果	120
综合练习题七	121
第八章 票据和支付结算法律知识	125
第一节 票据法律知识	125
一、票据及其分类	125
二、票据行为	127
三、票据行为的效力	128
四、票据权利	129
五、票据责任	130
六、票据丧失的补救	130
第二节 我国的支付结算法律制度	132
一、支付结算的基本要求	132
二、人民币银行结算账户	133
三、正确填写票据和结算凭证的基本规定	141
四、票据结算	142
五、银行信用卡结算	148
六、结算方式	151
七、国内信用证	155
综合练习题八	156



第九章 国际货物买卖和运输法律知识	159
第一节 国际货物买卖和买卖合同的成立	159
一、国际货物买卖及其法律	159
二、《联合国国际货物销售合同公约》的适用范围	161
三、国际货物买卖合同订立程序——要约	162
四、国际货物买卖合同订立程序——承诺	165
第二节 国际货物买卖双方的合同义务	167
一、国际货物买卖中卖方的合同义务	167
二、国际货物买卖中买方的合同义务	170
第三节 国际货物买卖中的风险	172
一、货物风险的转移时间	172
二、根本违反合同（Fundamental breach of contract）与风险转移	173
第四节 国际货物买卖对方违约的救济办法	174
一、卖方违反合同时买方的救济方法	175
二、买方违反合同时卖方的救济方法	177
三、有关违反销售合同救济的几个问题	178
第五节 国际海上货物运输方式和运输合同	180
一、国际海上货物运输方式	181
二、国际海上货物运输合同	182
三、国际海运提单及其实践中存在的问题	188
综合练习题九	194
第十章 经济纠纷的解决途径	199
第一节 经济纠纷的仲裁	199
第二节 经济纠纷的诉讼（民事诉讼）	201
第三节 行政复议	204
综合练习题十	206

第一章 经济法概述



学习目标

通过对本章的学习，要求理解经济法的概念，调整对象，掌握经济法律关系的概念及其构成，经济法律行为的代理，明确经济法律责任的概念及形式，为以后各章的学习打下良好的基础。

第一节 经济法的概念和调整对象

一、经济法的概念

自我国改革开放以来，经济法一直是一个热点问题。经济法实践和理论研究也随着改革的推进不断发展和完善。

学习和研究经济法必须先明确经济法的概念。在我国，法学界对经济法的概念尚未形成统一的认识。一般认为：经济法是国家和保障市场经济的健康发展，维护社会经济秩序而制定的调整需要由国家干预和调节的市场经济关系的法律规范的总称。

这一概念包括以下几层含义：

- (1) 经济法是调整社会经济关系的法律，是在市场经济条件下产生和发展起来的；
- (2) 经济法调整的不是所有的经济关系，而是那些需要由国家干预和调节的经济关系；
- (3) 制定经济法的目的是为了促进和保障市场经济的健康发展，维护社会经济秩序；
- (4) 经济法是由许多经济法律、法规构成的一个独立的法律部门。

二、经济法的调整对象

凡是法律都调整某种社会关系。社会关系大体上分为两类：一类是物质社会关系，也称经济关系；另一类是思想社会关系，也称意志关系。经济法的调整对象不是意志关系而是经济关系，但不是全部经济关系，而是一种特定的经济关系，即在国家干预和调节经济运行过程中发生的经济关系。

这里的“调整”是指法律对社会关系加以区别对待，即对有些关系法律加以巩固，保护其发展；对有些关系法律加以限制、禁止甚至取缔；对有些关系法律给予奖励或者加以惩罚等。也就是说，“调整”是规定人们在经济活动中应当做什么，不应当做什么，违反了怎么处罚等。

根据对经济法的定义，笼统地讲，经济法的调整对象是需要由国家干预和调节的经济关系，具体地讲，包括市场主体调控关系、市场秩序（运行）调控关系、宏观经济调控关系、社会分配调控关系。

（一）市场主体调控关系

市场主体调控关系，是指国家在对市场主体的活动进行管理，以及市场主体在自身运行过



程中所发生的社会关系。这里的市场主体，主要是指在市场上从事直接和间接交易活动的经济组织，如企业（独资企业、合伙企业、公司等）和非企业性经济组织及个人。

（二）市场秩序（运行）调控关系

市场秩序（运行）调控关系，是指国家为了建立社会主义市场经济秩序，维护国家、生产经营者和消费者的合法权益而干预市场所发生的经济关系。如关于反不正当竞争、反垄断、产品质量、价格管理等方面的法律所涉及的关系。

（三）宏观经济调控关系

宏观经济调控关系，是指国家从长远和社会公共利益出发，对关系国计民生的重大经济因素，实行全局性的管理过程中与其他社会组织所发生的具有隶属性或指导性的社会经济关系。这种隶属或指导性关系既包括上下级组织之间的命令与服从、指导与被指导的关系，又包括同一级别组织之间在业务上的管理与执行的关系，主要包括产业调节、计划、国有资产管理、交通、电信、能源、自然资源、环境保护以及科学技术等方面的关系。

（四）社会分配调控关系

社会分配调控关系，是指国家在对国民收入进行初次分配和再分配过程中所发生的经济关系。它包括国家为保证社会成员的基本生活权利而提供救助和补贴所产生的经济关系。目前我国有关社会分配的法律、法规尚不健全，正处在不断建立和完善之中。

三、我国经济法规的主要内容

与经济法的调整对象相适应，目前，我国主要经济法律法规归纳起来涉及以下四个方面的内容。

（一）市场主体法

市场主体法是指有关确认市场主体法律资格和权利义务的法律规范，主要包括企业法、公司法、外商投资企业法、破产法等。

（二）市场秩序（运行）调控法

市场秩序（运行）调控法主要是规范市场主体的经济行为的法律规范，包括合同法、证券法、专利法、商标法、反不正当竞争法、反垄断法、产品质量法、消费者权益保护法等。

（三）宏观经济调控法

宏观经济调控法是国家为实现经济职能，对经济进行干预和调控的法律，包括银行法、会计法、审计法、价格法、环境保护法、对外贸易法等。

（四）社会分配法

社会分配法是国家为实现国民收入的分配和再分配，保障经济主体及其他主体的生存需要而制定的法律规范，包括税法、社会救济法、社会福利法和社会保险法等。

第二节 经济法律关系

一、经济法律关系的概念



课堂案例

李某开办了一家果品加工厂，因此李某依法到所在地的税务分局进行税务登记，并按规定缴纳税款。问李某与税务分局之间的征纳税关系是否是经济法律关系，为什么？

经济法律关系是法律关系的一种表现形式。

法律关系，是指法律规范在调整人们的行为过程中所形成的一种特殊的社会关系，即法律上的权利义务关系。或者说，法律关系是指法律规范所调整的权利与义务关系。在法律关系中，由于其反映的社会关系的不同，从而形成了不同的法律关系。如调整平等主体之间的财产关系和人身非财产关系而形成的法律关系，称为民事法律关系或民商事法律关系；调整行政管理关系而形成的法律关系，称为行政法律关系；调整因国家对经济活动的管理而产生的社会经济关系，称为经济法律关系。

因此，经济法律关系是指由经济法律规范规定和调整而形成的权利和义务关系。

二、经济法律关系的构成要素



课堂案例

2004年5月，某市地方税务局稽查分局接到举报，称该市A公司有偷税嫌疑。经调查取证，发现A公司少缴税款226 487元。税务部门根据《中华人民共和国税收征收管理办法》的有关规定，责令该公司除补缴所偷税款外，并处以5万元的罚款。

问题：（1）试结合本案分析什么是经济法律关系？

（2）试分析本案所涉及的经济法律关系的构成。

任何法律关系都是由法律关系的主体、客体、内容三个要素构成的。这三个要素是互相联系、缺一不可的。缺少其中任何一个要素，都不能构成法律关系，变更其中任何一个要素，就不再是原来的法律关系。经济法律关系同样是由主体、客体、内容三个要素构成的。

（一）经济法律关系的主体

1. 经济法律关系主体的概念

经济法律关系的主体，也称经济法主体，是指参加经济法律关系，依法享有经济权利和承担经济义务的当事人。在一个经济法律关系中存在着至少两个或两个以上的主体，其中享有权利的一方称为权利主体，承担义务的一方称为义务主体。一般而言，各方主体既享有经济权利，



又承担经济义务，具有权利主体和义务主体的双重身份。

2. 经济法律关系主体的范围（种类）

什么人或者组织可以成为法律关系的主体是由一国法律规定和确认的。根据我国法律规定，经济法律关系主体包括：

（1）国家机关。国家机关是行使国家职能的各种机关的通称，包括国家权力机关、国家行政机关、国家司法机关等。作为经济法律关系主体的国家机关主要是指国家行政机关中的经济管理机关。国家机关在经济法律关系中的职能主要是行使经济管理职能，但也不排除基于对经济关系调控的需要，国家机关以法人的身份直接参与经济法律关系的情形。

在某些特殊的情况下，国家也可作为主体参加经济法律关系，如发行国库券，以政府的名义与外国签订经济贸易协定等。

（2）企业和其他社会组织。企业是经济法律关系主体中最为主要的一类，是以营利为目的从事商品生产、经营和服务活动的独立的社会组织。其他社会组织主要是指事业单位和社会团体。这些社会组织在参与经济法律关系时便成为经济法律关系主体。

（3）企业的内部组织和有关人员。企业内部组织虽无独立的法人地位，但在和有关人员根据经济法律规定参与企业内部的生产经营管理活动时，如实行内部承包经营责任制、实行内部独立经济核算等情况下，形成相应的经济法律关系，便具有经济法律关系主体的地位。

（4）个人。个人包括个体工商户、农村承包经营户和公民。当他们参与经济法律法规规定的经济活动时，则具有经济法律关系主体的资格。

（二）经济法律关系的客体

1. 经济法律关系客体的概念

经济法律关系的客体是指经济法律关系主体的权利和义务所共同指向的对象。客体是确定权利义务关系性质和具体内容的依据，也是确定权利行使和义务履行的客观标准。如果没有客体，经济权利义务就失去了依附的目标和载体，也就不可能发生经济权利义务。因此客体是经济法律关系不可缺少的要素之一。

2. 经济法律关系客体的种类

（1）物。物是指能够为人控制和支配、具有一定经济价值、可通过具体物质形态表现存在的物品。物包括自然存在的物品和人类劳动生产的产品，以及固定充当一般等价物的货币和有价证券等。物是经济法律关系中存在最广泛的客体。

（2）智力成果。智力成果是指人们通过脑力劳动创造的能够带来经济价值的精神财富，如科学发明、技术成果、学术论著等。智力成果本身不直接表现为物质财富，但可以转化为物质财富。智力成果作为经济法律关系的客体，其法律表现形式主要为商标权、专利权、专有技术等。

（3）经济行为。经济行为是指经济法律关系主体为达到一定经济目的、实现其权利和义务所进行的经济活动。它包括经济管理行为、提供劳务行为和完成工作行为等。

（三）经济法律关系的内容

经济法律关系的内容是指经济法律关系主体所享有的经济权利和承担的经济义务。

经济权利是指经济法律关系主体依法具有的为自己为或不为一定行为或者要求他人为或不



为一定行为的资格。在不同的经济法律关系中,经济法律关系享有不同的经济权利,主要包括:财产所有权、法人财产权、经济职权、债权和知识产权等。

经济义务是指经济法律关系主体为满足权利主体的要求必须为一定行为或不为一定行为的约束。

经济权利与经济义务相互依存。没有经济权利,就不会有经济义务。经济法律关系主体不能只享有经济权利而不承担经济义务,也不能只承担经济义务而不享有经济权利。

三、经济法律关系的发生、变更和消灭



课堂案例

某鱼苗场(卖方)于2004年2月10日和养鱼专业户李某(买方)签订了一份鱼苗买卖合同。合同规定:由卖方供给买方鱼苗3万尾,交货日期为当年6月20日,买方需付定金5 000元。6月初由于当地连降暴雨,河水猛涨,卖方的鱼苗全部被洪水卷走,致使到期无法履行合同,卖方将情况及时通知了买方,称因短期内无法再培育鱼苗,要求解除合同。对方答复说,解除合同可以,但要支付违约金,并双倍返还定金。双方发生纠纷。

问题:(1)什么是法律事实?怎样分类?

(2)引起双方当事人之间鱼苗买卖这一法律关系产生的法律事实是什么?

(3)引起双方当事人之间已经存在的鱼苗买卖法律关系消灭的法律事实是什么?

(一) 经济法律关系的发生、变更和消灭的概念

经济法律关系的发生是指在经济法律关系主体之间形成某种经济权利与经济义务关系;经济法律关系的变更是指经济法律关系主体、客体或内容的变化;经济法律关系的消灭是指经济法律关系主体之间已有的经济权利与经济义务关系不再存在。

(二) 法律事实

经济法律关系的发生、变更和消灭是有条件的,需要有法律事实的存在。所谓法律事实是指能够引起经济法律关系发生、变更与消灭的客观情况。法律事实可以依照其发生与当事人的意志有无关系,分为行为和事件两类。

1. 行为

行为是指当事人的有意识的活动,分为合法行为和违法行为。

合法行为是符合法律规范的行为,包括经济管理行为、经济法律行为和经济司法行为。

违法行为是违反法律规定的行为或法律所禁止的行为。其不能产生行为人所预期的法律后果,但可能产生其他法律后果,也会引起相应的经济法律关系发生、变更或消灭。

2. 事件

事件是指不依当事人的主观意志为转移的客观事实。事件包括自然现象和社会现象引起的事实。自然现象引起的事实又称绝对事件,如台风、洪水、地震等。社会现象引起的事实又称相对事件,如战争、社会动乱等。相对事件虽属人的行为引起,但其出现在特定经济法律关系中并不以当事人的意志为转移,如因战争导致合同无法履行等。



第三节 经济法律行为的代理



课堂案例

某书画装裱店与著名书法家赵某签订了一份委托书法作品创作合同。双方约定，赵某交付装裱店20副对联作品，装裱店支付赵某50 000元报酬。赵某因不慎跌倒致使右臂受伤，不能创作，于是他委托他儿子代为书写了全部对联，以此交付装裱店，装裱店支付了全部报酬。但是不久装裱店感到作品风格与赵某不同，遂请专家鉴定，结果发现属他人作品。

问题：赵某能否委托他的儿子代理其创作？

一、代理的概念和特征

公民、法人或其他社会组织可以通过代理人实施民事、经济法律行为。但身份行为，因其有专属性，不得代理，如结婚、离婚、收养等身份行为，这些都是不得代理的。

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义与第三人实施法律行为，由此产生的法律后果直接由被代理人承担的一种法律制度。代理关系的主体包括代理人、被代理人 and 第三人。代理人是代替被代理人实施法律行为的人；被代理人是由代理人替自己实施法律行为的人；第三人是与代理人实施法律行为的人。

代理具有以下特征：

(1) 代理人以被代理人的名义实施法律行为。代理人的义务就是代替被代理人进行经济法律行为，但这种行为所产生的经济法律关系的主体是被代理人，而不是代理人自己。如果代理人以自己名义进行经济活动，则不是代理，而是经纪行为。

(2) 代理人必须在代理权限内进行代理活动。代理行为是法律行为，所以代理人在代理活动中，根据授权范围和实际情况有权自行决定如何向第三人进行意思表示。

(3) 代理行为所产生的法律后果，直接由被代理人承担。代理人在代理权限内的所作所为，在法律上应视为被代理人自己的行为，其法律后果，自然应由被代理人承担。

二、代理的种类

根据代理权产生的不同情况，代理可分为以下3种。

(一) 委托代理

委托代理是指依照被代理人的委托授权而产生代理权的代理活动。这种代理是最重要，而且使用较多的一种代理形式。委托代理中的授权行为一般以代理证书（亦称授权委托书）的形式表现。代理证书应当载明代理人的姓名或名称、代理事项、代理的权限范围和代理权的有效期限，并且由委托人签名或盖章。授权委托书授权不明的，被代理人应当对第三人承担民事责任，代理人负连带责任。



（二）法定代理

法定代理是指由于法律的直接规定而产生代理权的行为。这种代理关系的产生是基于代理人与被代理人之间存在着一定的社会关系而产生的。通常适用于被代理人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人的情况。

（三）指定代理

指定代理是指根据人民法院或指定单位的指定，而产生代理权的代理行为。适用于被代理人既无委托代理人，又无法定代理人而又有特定事项需要代理人代理的情况。

三、无权代理及代理权的滥用

代理人必须在授权范围内进行活动，因为代理的适用是为了被代理人的利益，未经授权，代理人不能进行代理。因此，代理人在代理权限范围内进行的活动，才对被代理人发生效力，这种代理行为也称为有权代理。但在实际生活中，往往也会出现没有代理权或超越代理权的情况。

（一）无权代理

无权代理是指没有代理权而以他人名义进行的民事行为。无权代理包括三种情况：一是没有代理权的代理；二是超越代理权的代理；三是代理权终止后而为的代理。

无权代理的法律后果。无权代理是法律所禁止的行为，一旦发生了无权代理就必须解决由此产生的法律责任。根据司法实践，发生无权代理后，依照这种无权代理行为是否得到被代理人的追认，可产生两种不同后果。

- （1）凡是事后经被代理人追认的无权代理行为，被代理人承担经济责任。
- （2）未被追认的无权代理行为，由行为人（代理人）承担经济责任。

（二）代理权的滥用

代理权的滥用或滥用代理权，是指代理人利用享有代理权的方便直接来损害被代理人利益。常见的代理权滥用的情况有：

- （1）代理他人与自己进行民事活动；
- （2）代理双方当事人进行同一民事行为；
- （3）代理人与第三人恶意串通，损害被代理人的利益。

法律禁止代理权的滥用，代理人滥用代理权给被代理人及他人造成损害的，必须承担相应的赔偿责任。

第四节 违反经济法的法律责任

法律责任，是指行为人因实施了违反法律法规规定的行为而应承担的法律后果。违反经济法的法律责任是指经济法主体因实施了违反经济法律法规的行为而应承担的法律后果。根据我国法律的规定，经济法主体可能承担的法律责任有以下三种。



（一）民事责任

民事责任是指经济法主体违反经济法律法规依法应承担的民事法律后果。根据《民法通则》的规定，经济法主体承担民事责任的方式主要有：停止侵害；排除妨碍；消除危险；返还财产；恢复原状；修理、重作、更换；赔偿损失；支付违约金；消除影响、恢复名誉；赔礼道歉等。

（二）行政责任

行政责任是指经济法主体违反经济法律法规依法应承担的行政法律后果，包括行政处罚和行政处分。根据《行政处罚法》的规定，行政处罚的种类包括：警告；罚款；没收违法所得、没收非法财物；责令停产、停业；暂扣或吊销许可证、暂扣或吊销营业执照；行政拘留；法律法规规定的其他行政处罚。行政处分的种类有：警告；记过；记大过；降职；留用察看；开除等。

（三）刑事责任

刑事责任是指经济法主体违反经济法律法规构成犯罪依法应承担的刑事法律后果，即刑罚。根据《刑法》的规定，刑罚分为主刑和附加刑。主刑的种类包括：管制；拘役；有期徒刑；无期徒刑；死刑。附加刑的种类包括：罚金；剥夺政治权利；没收财产。法律规定为单位犯罪的，单位应当负刑事责任，对单位判处罚金，并对直接负责的责任人员和其他直接责任人员判处刑罚。

综合练习题一

一、选择题（有一个或多个正确选项）

1. 法是（ ）。
 - A. 规定自然人和社会组织在社会生活中的权利和义务的行为规范
 - B. 国家制定或认可的行为规范
 - C. 由国家强制力保障实施的行为规范
 - D. 用来调整社会关系的行为规范
2. 我国现行法的形式有（ ）。
 - A. 法律（宪法和普通法律）
 - B. 国际条约
 - C. 行政法规
 - D. 地方法规
 - E. 部门规章和地方规章
3. 下列属于一般民事法律关系的是（ ）。
 - A. 夫妻关系
 - B. 监护关系
 - C. 朋友关系
 - D. 张三为买房子向其朋友李四借了两万元而形成的借贷关系

- 9



13. (接上题) 该行为事后若得不到武汉某贸易公司追认则其后果应由 () 承担; 若事后得到追认则其后果应由 () 承担。

- A. 某食品厂
- B. 陈明
- C. 武汉某贸易公司
- D. 武汉某贸易公司和陈明
- E. 某食品厂和陈明

14. 某百货有限责任公司的负责人杨总经理派其业务员小王到上海自行车厂定购 500 辆 24 寸女式凤凰牌变速车。在这个事情中, 法定代表人是 (), 代理人是 (), 被代理人是 (), 第三人是 ()。

- A. 杨总经理
- B. 上海自行车厂
- C. 百货有限公司
- D. 小王

二、判断题 (判断正误并改错)

- 1. 法是统治阶级意志的体现。 ()
- 2. 经济法是调整所有经济关系的法律规范的总称。 ()
- 3. 经济法律关系的客体必定是有形的实体。 ()
- 4. 既是经济关系又是法律关系必定是经济法律关系。 ()
- 5. 违法的经济行为不可能引起经济法律关系。 ()
- 6. 在货运合同法律关系中法律关系的客体是货物。 ()
- 7. 在一种社会关系中如果当事人之间存在着法律规定的权利和义务的, 则该种社会关系为法律关系。 ()
- 8. 有关国家机关在依法行使法律赋予的权力的过程于有关的单位和个人之间依法形成的法律关系称为民事法律关系。 ()
- 9. 企业是经济法律关系中最普遍的主体。 ()
- 10. 经济义务是指在经济活动中主体依法所享有的做、不做或要求他人做或不做某种行为的资格。 ()
- 11. 经济法律关系的变更是指经济法律关系当事人之间原先存在的特定权利和义务已经终结、了结。 ()
- 12. 法律事实是法律关系产生、变更或消灭的原因。 ()
- 13. 当事人的合法行为是法律关系得以产生、变更或消灭的最基本原因。 ()
- 14. 委托书授权不明的, 被代理人应当向第三人承担民事责任, 代理人负连带责任。 ()
- 15. 代理人不履行职责而给被代理人造成损害的应承担民事责任。 ()
- 16. 代理人与第三人串通, 损害被代理人利益的, 由被代理人与第三人负连带责任。 ()
- 17. 代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的, 或者被代理人知道代理人的代理行为违法而不表示反对的, 由被代理人 and 代理人负连带责任。 ()



三、案例分析题

1. 自然事件或社会大事件都可能引起经济法律关系的产生（或变更、或终止）。请举出一个例子来说明。

2. 他人的行为（第三人的原因）也可能引起法律关系的产生（或变更、或终止）。请举出一个例子来说明。

3. 某进出口公司与服装厂签订了加工 10 万件服装的合同。合同约定，进出口公司应于 8 月 5 日前向服装厂预付 100 万元，待服装于 12 月 30 日前全部交付后结清货款。合同签订后，因国际市场发生变化，进出口公司提出减少加工服装 5 万件，服装厂表示同意。合同履行期限届满，双方分别履行了合同规定的义务。

请你用经济法律关系三要素分析本案例中经济法律关系的主体、客体、内容以及变更和终止。

4. 李某到外地出差，陈某请他代买一台录像机。李某到外地后发现这里的录像机很便宜，而电视机更便宜。李知道陈正想换一台电视，于是为陈某买了录像机和电视机各一台。李回来后向陈做了说明，陈某表示感谢，并向李某支付了两件物品的价款。一星期后，陈发现该电视机质量不太好，就要求李某自己处理电视机并退款，而李某不同意。

请问：（1）李某代陈某购买电视机的行为属于什么代理？为什么？

（2）该电视机应由谁处理？为什么？

第二章 内资企业法律制度



学习目标

通过本章学习达到以下要求:

1. 掌握个人独资企业的概念、法律特征、设立条件和程序,明确个人独资企业投资人的权利、义务以及事务管理方式和个人独资企业的解散与清算。
2. 了解合伙企业的概念、法律特征、设立条件和程序,掌握合伙企业的财产和事务执行,明确对合伙企业的入伙与退伙、解散与清算的有关规定。

第一节 企业法概述

一、企业的概念和分类

(一) 企业的概念

企业是指依法设立的以营利为目的从事生产经营活动的独立核算的经济组织。企业有如下特征:

(1) 企业是社会经济组织。企业作为一种社会经济组织,表明其主要从事经济活动,并有相应的财产。因此企业是一定人员和一定财产的组合。

(2) 企业是以营利为目的从事生产经营活动的社会经济组织。企业从事的生产经营活动是指创造社会财富和提供服务的活动,包括生产、交易、服务等。

(3) 企业是实行独立核算的社会经济组织。实行独立核算就是要单独计算成本费用,以收抵支,计算盈亏,对经济业务做出全面反映和控制。不实行独立核算的社会经济组织不能称其为企业。

(4) 企业是依法设立的社会经济组织。企业通过依法设立,可以取得相应的法律地位,获得合法身份,得到国家法律的认可和保护。

(二) 企业的分类

依据不同的分类标准,企业可有不同的分类:

(1) 按企业的经济性质,可将企业分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业、混合所有制企业。采用这种划分方法除了可明确企业财产所有权的归属外,还可使国家对不同经济性质的企业采用不同的经济政策和监管办法。

(2) 按出资者的不同,可将企业划分为内资企业、外资企业、中外合资企业、中外合作企业等。这样划分的目的是适应国家统计、宏观决策的需要,也是适应国家管理的需要。



(3) 按企业的法律地位,可将企业划分为法人企业和非法人企业。这样划分能明确地反映出企业的法律地位及能力,不仅有利于国家管理,而且也有利于企业间的经济交往。

二、我国企业法的体系

企业法是指规范企业的设立、变更和终止、组织结构、明确企业权利义务关系的法律规范的总称。我国的企业法体系主要由如下法律、法规构成:《公司法》、《全民所有制工业企业法》、《个人独资企业法》、《合伙企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》等几十个法律、法规。这些法律、法规对我国企业的经济性质、事业特点、法律地位、设立条件、组织结构、活动要求等分别做出了细致全面的规定。

本章主要介绍《个人独资企业法》、《合伙企业法》有关法律、法规的内容。

第二节 个人独资企业法



课堂案例

中国公民王某于2005年5月以其家庭共有财产申报设立一家个人独资企业A,从事餐饮经营,随着业务扩大又分别设立了三家分店,并招聘三名店长负责分店经营。因分店是以总店名义开展经营活动,故分店未再办理任何登记手续,企业也未与店长就聘用事项签订书面合同。由于竞争激烈,企业经营每况愈下,甲分店店长擅自与其朋友合开了一家与A企业从事相同特色餐饮经营的企业,并任经理。丙分店长期拖欠租金,被业主起诉到法院,王某应诉时以丙分店店长是承包经营,其债务与A企业无关为由抗辩。2009年6月,王某未经清算便决定解散A企业,意欲逃避企业债务。

问: (1) 个人独资企业是否可以家庭共有财产申报出资?

(2) 个人独资企业设立分支机构是否应办理登记手续?

(3) 个人独资企业投资人委托或聘用他人管理企业事务,是否不用与受托人签订书面合同?

(4) 甲分店店长的行为是否违反法律规定?

(5) 王某的抗辩理由是否成立?

(6) 王某解散A企业的行为是否合法? A企业解散后,王某能否逃避企业债务?

一、个人独资企业的概念和特征

(一) 个人独资企业法的概念

个人独资企业是指依照个人独资企业法在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。



（二）个人独资企业的特征

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业具有以下几个方面的特征。

1. 由一个自然人投资

这里讲的自然人仅指中国公民。自然人既包括中国公民，也应包括外国公民、无国籍人，但是《个人独资企业法》明确确定，外商独资企业不适用本法。因此《个人独资企业法》中讲的自然人仅指中国公民。

2. 个人独资企业的投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任

由于个人独资企业的投资人是一个自然人，投资人（也称业主）与企业是不可分割的，是企业财产的唯一所有者，所谓投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任，包括以下三层意思：

（1）企业的债务全部由投资人承担；

（2）投资人承担企业债务的责任范围不限于出资，包括个人独资企业中的全部财产和其他个人财产；

（3）投资人对企业的债权人直接负责。

3. 个人独资企业内部机构设置简单，经营管理方式灵活

由于个人独资企业的投资人既是企业所有者，又是企业的经营者，因此《个人独资企业法》对其内部机构设置和经营管理方式未做严格规定。

4. 个人独资企业不具有法人资格

尽管个人独资企业有自己的名称或商号，并以企业名义从事经营行为和参加诉讼活动，但它不具有独立的法人地位，企业只是自然人进行商业活动的一种特殊形态。这一特点与合伙企业相同而区别于公司。

二、个人独资企业法的概念和适用范围

（一）个人独资企业法的概念

个人独资企业法和其他的法律一样，也有广义和狭义之分。广义的个人独资企业法是指调整个人独资企业的各种法律规范的总称；狭义的个人独资企业法仅指 1999 年 8 月 30 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过，并于 2000 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《个人独资企业法》）。这部法律的立法宗旨和目的就是为了规范个人独资企业的行为，保护个人独资企业投资人和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展。

（二）个人独资企业法的适用范围

《个人独资企业法》仅适用于一个中国公民在中国境内投资所依法设立的企业。外商独资企业不适用于本法，而只能适用《外资企业法》。



三、个人独资企业的设立

（一）个人独资企业设立的条件

1. 投资人为一个自然人

个人独资企业的投资人必须是一个人，而且只能是一个具有中华人民共和国国籍的自然人。从事临时经营、季节性经营、流动性经营和没有固定门面的摆摊经营，不得登记为个人独资企业。

2. 有合法的企业名称

名称是一个企业与其他企业区别的标志。企业必须有相应的名称，该名称应当符合法律、法规的要求。如个人独资企业的名称中不得使用“有限”、“有限责任”和“公司”字样。

3. 有投资人申报的出资

一定的资本是任何企业得以存续的重要物质基础，也是企业营利的重要物质条件，个人独资企业也不例外，但由于个人独资企业的投资人对个人独资企业的债务承担无限责任，所以《个人独资企业法》不要求个人独资企业有最低注册资本金，仅要求投资人有自己申报的出资即可。这一规定便于个人独资企业的设立，有利于个人独资企业的发展。

投资人的出资方式可以是货币出资，也可以采取实物、土地使用权、知识产权或其他财产权利出资，并作价算出出资额。投资人申报的出资额应当与企业的生产规模相适应。

4. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件

有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件是个人独资企业存续与经营的基本物质条件。至于生产经营场所和生产经营条件的规模、数量等，则根据个人独资企业的不同情况来确定。

5. 有必要的从业人员

对于从业人员的具体数额，《个人独资企业法》并没有做出具体限定，这主要是考虑个人独资企业涉及的领域相对广泛，在立法中对个人独资企业的从业人员做出具体数额限定，不利于个人独资企业的设立与发展。

（二）个人独资企业设立的程序

1. 设立申请

个人独资企业的申请人是个人独资企业的投资人。投资人也可以委托其代理人向个人独资企业所在地的登记机关（工商行政管理部门）申请设立登记。投资人申请设立个人独资企业，应向登记机关提交下列文件。

（1）设立申请书。设立申请书应当载明下列事项：企业的名称和住所（个人独资企业以其主要办事机构所在地为住所）；投资人的姓名和居所；投资人的出资额和出资方式；经营范围。

（2）投资人身份证明。

（3）生产经营场所使用证明等文件。

由委托代理人申请设立登记的，应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。



个人独资企业不得从事法律、行政法规禁止经营的业务；从事法律、行政法规规定需报经有关部门审批的业务，应当在申请设立登记时提交有关部门的批准文件。

2. 登记机关核准登记与企业成立

登记机关应当在收到设立申请文件之日起 15 日内，对符合《个人独资企业》规定条件的，予以登记，发给营业执照；对不符合规定条件的，不予登记，并给予书面答复，说明理由。

个人独资企业营业执照的签发日期，为个人独资企业成立日期。在领取个人独资企业营业执照前，投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。

（三）个人独资企业分支机构的设立

个人独资企业的分支机构是指个人独资企业在住所地以外设立的从事业务活动的办事机构。

个人独资企业设立分支机构，应当由投资人或者委托的代理人向分支机构所在地的登记机关申请登记，领取营业执照。分支机构经核准登记后，应将登记情况报该分支机构隶属的个人独资企业的登记机关备案。分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。

（四）个人独资企业的变更

个人独资企业的变更是指个人独资企业存续期间登记事项发生的变更。如企业名称、住所、经营范围、经营期限等方面发生的改变。个人独资企业应当在做出变更决定之日起的 15 日内依法向登记机关申请办理变更登记。

四、个人独资企业的投资人及事务管理

（一）个人独资企业的投资人

1. 个人独资企业投资人的条件

《个人独资企业法》规定，个人独资企业的投资人为一个具有中国国籍的自然人，但是法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。我国现行法律、法规所禁止从事营利性活动的人包括：

- （1）法官；
- （2）检察官；
- （3）人民警察；
- （4）国家公务员。

2. 个人独资企业投资人的权利

《个人独资企业法》规定，个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。也就是说，个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有占用、使用、收益和处分的权利。投资人当然可以依法转让个人独资企业的财产。当个人独资企业的投资人死亡或被宣告死亡时，其继承人可以依照继承法的规定对个人独资企业行使继承权。

3. 个人独资企业投资人的责任

个人独资企业投资人对企业债务承担无限责任。依照《个人独资企业法》的规定，个人独



资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。即投资人以个人财产投资的,以个人财产承担无限责任,投资人以家庭财产投资的,以家庭财产承担无限责任。

(二) 个人独资企业的事务管理

个人独资企业的事务管理方式有两种:即投资人自行管理企业和委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与委托人或者被聘用人员签订书面合同,明确委托的具体内容和授予的权利范围。受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务,按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制,不得对抗善意第三人。因为投资人与受托人或者被聘用人员之间的关系属于企业的内部法律关系,由双方通过签订委托或者聘用合同加以确认和规范。受托人或者被聘用的人员在对外活动中是代表企业与他人进行交易活动的。

投资人委托或者被聘用的管理个人独资企业事务的人员,应当以追求个人独资企业利益的最大化为最高原则,通过企业的管理活动不断使企业得以保值和增值。因此,受托人和被聘用的人员不得利用其职务从事任何损害企业利益的行为。《个人独资企业法》规定了投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为:

- (1) 利用职务上的便利,索取或者收受贿赂;
- (2) 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产;
- (3) 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人;
- (4) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户;
- (5) 擅自以企业财产提供担保;
- (6) 未经投资人同意,从事与本企业相竞争的业务;
- (7) 未经投资人同意,同本企业订立合同或者进行交易;
- (8) 未经投资人同意,擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用;
- (9) 泄露本企业的商业秘密;
- (10) 法律、行政法规禁止的其他行为。

五、个人独资企业的权利

(一) 申请贷款权

企业的经营资本往往是由企业投资人的自有资本和借贷资本构成。借贷资本的取得往往需要通过从金融机构贷款获得,因此,《个人独资企业法》规定,个人独资可以依法申请贷款。

(二) 依法取得土地使用权

我国实行土地的社会主义公有制。任何单位的个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地使用权可以依法转让。《个人独资企业法》规定,个人独资企业有依法取得土地使用权的权利。



（三）拒绝摊派权

任何单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，以任何方式强制个人独资企业提供财力、物力、人力；对于违法强制提供财力、物力、人力的行为，个人独资企业有权拒绝。

六、个人独资企业的解散、清算

（一）个人独资企业的解散

个人独资企业的解散是指独资企业因出现某些法律事由而导致其民事主体资格消灭的行为。

《个人独资企业法》规定，个人独资企业有下列情形之一的，应当解散：

- （1）投资人决定解散；
- （2）投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人放弃继承；
- （3）被依法吊销营业执照；
- （4）法律、行政法规规定的其他情形。

（二）个人独资企业的清算

个人独资企业的清算是处理解散企业未了结的法律关系的程序。清算结束，进行注销登记后，个人独资企业才最后消灭。

1. 清算人的产生

个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

2. 通知与公告程序

投资人自行清算的，应当在清算前 15 日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投资人申报其债权。

3. 债务承担与消灭

个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。另外，个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

4. 财产清偿顺序

个人独资企业解散的，财产应当按照下列顺序清偿：

- （1）所欠职工工资和社会保险费用；
- （2）所欠税款；
- （3）其他债务。

5. 注销登记

个人独资企业清算结束后，投资人或者人民法院指定的清算人应当编制清算报告，并于 15 日内到登记机构办理注销登记。注销登记一旦完成，个人独资企业即宣告消灭。



第三节 合伙企业法



课堂案例

张某、李某、王某、马某四人商议设立一普通合伙企业，并签订了合伙协议。协议约定张某、李某、王某、马某每人出资 10 万元或相当于 10 万元价值的实物，经其他三人同意，马某以劳务作价 10 万元。但在协议中没有明确利润分配比例及风险分担比例。合伙协议还约定了由张某和马某执行合伙企业事务，对外代表合伙企业，但签订买卖合同应经其他合伙人同意，李某和王某不再执行合伙企业事务。合伙企业设立后，张某擅自以合伙企业的名义与甲公司签订了买卖合同，由于超过了合同规定期限合伙企业还没有交货，甲公司派人交涉，方知合同的签订未经其他合伙人同意。合伙企业以此为由拒绝了甲公司赔偿损失的要求。王某个人在与其他人进行经济往来时，发生了债务。某人便向法院起诉，胜诉后又向人民法院申请强制执行。当法院执行王某在合伙企业中财产份额时，张某、李某、马某均表示放弃优先受让权，于是法院便将王某在合伙企业中的财产份额执行给了某人。王某退出合伙企业。在此之前，由于张某、马某经营管理不善，已造成了合伙企业巨额债务。5 个月后。由于债权人起诉，法院在审理中发现合伙企业财产只有 30 万，债务高达 60 万。

- 问：（1）张某、李某、王某和马某的出资方式是否符合《合伙企业法》的规定？为什么？
（2）合伙企业可否接受甲公司的索赔要求吗？为什么？
（3）法院强制执行王某的财产后，王某是否应退伙，某人是否成为新的合伙人？
（4）合伙企业的 60 万债务应如何清偿？

一、合伙企业法和合伙企业

（一）合伙企业法概述

《中华人民共和国合伙企业法》于 1997 年 2 月 23 日由第八届全国人大常委会第二十四次会议通过，并于 2006 年 8 月 27 日第十届全国人大常委会第二十三次会议修订，自 2007 年 6 月 1 日起施行，用于规范合伙企业的设立、变更、解散、清算以及内外部法律关系。

非企业服务机构依据有关法律采取合伙制的（如采用合伙制的律师事务所），其合伙人承担责任的形式可以适用该法关于特殊的普通合伙企业合伙人承担责任的规定。外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法由国务院规定。

（二）合伙企业的概念和特征

《合伙企业法》中所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。合伙企业具有以下法律特征：

（1）合伙企业的合伙人主体多样化。个人独资企业的投资人只能是自然人，合伙企业的合伙人包括自然人、法人和其他组织。



(2) 合伙企业是不具有法人资格的营利性组织。合伙企业既不是自然人，也不是法人，而是其他组织。

(3) 合伙企业的设立和内部管理是以合伙协议为基础的。合伙协议是合伙人之间的约定，在不违法的情况下，合伙企业许多事务以合伙协议为依据。

(4) 普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。若《合伙企业法》对普通合伙人承担责任的形式无特别规定，普通合伙人对合伙企业债务应承担无限连带责任。

合伙企业包括普通合伙企业和有限合伙企业。其中普通合伙企业由普通合伙人组成；有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成。

二、普通合伙企业

(一) 普通合伙企业的概念和法律特征

普通合伙企业是由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任的合伙企业。普通合伙企业的法律特征体现在“无限连带责任”上，它有两层含义：第一，每个普通合伙人均以其个人财产对合伙企业债务承担无限责任；第二，普通合伙人之间对合伙企业债务承担连带责任。

(二) 普通合伙企业的设立

1. 普通合伙企业的设立条件

(1) 有两个以上合伙人，并且都是依法承担无限责任者。合伙人可以是自然人、法人或其他组织。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力并且不能是法律、行政法规规定禁止从事营利性活动的人，如国家公务员、警察、法官、检察官等。此外，国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

(2) 有书面合伙协议。合伙协议是合伙企业成立的依据，也是确定合伙人权利义务的依据。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。合伙协议应当载明下列事项：

- ① 合伙企业的名称和主要经营场所的地点；
- ② 合伙目的和合伙企业的经营范围；
- ③ 合伙人的姓名及其住所；
- ④ 合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；
- ⑤ 利润分配和亏损分担办法；
- ⑥ 合伙企业事务的执行；
- ⑦ 入伙与退伙；
- ⑧ 合伙企业的解散与清算；
- ⑨ 违约责任。

此外，合伙协议还可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利，承担责任。经全体合伙人协商一致，可以修改或者补充合伙协议。

(3) 有各合伙人实际缴付的出资。合伙人必须向合伙组织出资，合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。上述出资应当是合伙人的合法财产及财产权利。对货币以外的出资需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法



定评估机构进行评估。经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资。所谓劳务出资，是指投资人以自己未来付出的能够给合伙企业带来利益的劳动，或者是自己已经付出的确实给合伙企业带来利益的劳动，作为出资。其评估办法由全体合伙人协商确定。

合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付出资的期限，履行出资义务。如果合伙人违反了这一义务，即构成了违约，其他合伙人可以追究其违约责任。各合伙人按照合伙协议实际缴付的出资，为对合伙企业的出资。与公司不同，《合伙企业法》没有规定合伙企业的最低注册资本，所以合伙企业不存在法定最低注册资本的问题。

(4) 有合伙企业的名称。合伙企业的名称应当与其责任形式及所从事的营业范围相符合。普通合伙企业在其名称中应当标明“普通合伙”字样，且不得使用“公司”、“有限”或“有限责任”的字样。

(5) 有经营场所和从事合伙经营的必要条件。

(6) 法律、行政法规规定的其他条件。

2. 普通合伙企业的设立登记

申请合伙企业设立登记应当向工商行政管理部门提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份证明、全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人的委托书、出资权属证明、经营场所证明等文件，申请登记法律、行政法规规定需报经有关部门审批的，应当在申请设立登记时提交批准文件。企业登记机关应当自收到申请登记文件之日起 20 日内，做出是否登记的决定。对符合本法规定条件的，予以登记发给营业执照；对不符合本法规定的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。

合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业的成立日期。合伙企业设立分支机构，应当向分支机构所在地的企业登记机关申请登记，领取营业执照。

(三) 合伙企业的财产

1. 合伙企业财产的概念和范围

合伙企业存续期间，合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产。所谓合伙企业存续期间，是指合伙企业自依法成立时起至终止时的这段期间。

合伙企业的财产主要由两部分组成。

(1) 合伙人的出资。合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资，经全体合伙人协商一致，也可以用劳务出资。当合伙人的出资转入合伙企业时，就构成合伙企业的财产。

(2) 合伙企业的收益。在合伙企业的存续期间，所有以合伙企业名义取得的收益即为合伙企业的收益。以合伙企业名义取得的收益，主要体现为合伙企业的营业利润、投资净收益及营业外收支净额。

2. 合伙企业财产的管理与使用

合伙企业的财产具有共有财产的性质，即由全体合伙人共同共有，每个合伙人均是合伙企业财产的共同共有人。对于合伙企业的财产的占有、使用、收益和处分，均应当依据全体合伙人的共同意志。因此，我国《合伙企业法》规定：“合伙企业的财产由全体合伙人依照本法共同管理和使用。”这种共同管理使用的具体表现主要如下。

(1) 合伙人对合伙企业财产具有共同的支配权。对合伙企业财产的转让和处分必须经全体



合伙人同意。

(2) 在合伙企业的经营过程中, 对于其经营所得, 除了留下一定的积累作为合伙企业的发展基金以促进合伙企业事业的进一步发展外, 其余利润可以分配给各合伙人, 每个合伙人均享有分配利润的权利。

(3) 在合伙企业存续期间, 合伙企业的财产要由全体合伙人不分份额的为了合伙事业共同管理和使用, 因此, 在合伙企业存续期间, 合伙人不得请求分割合伙企业的财产 (法律另有规定的除外)。

(4) 在合伙企业存续期间, 未经其他合伙人一致同意, 合伙人不得将其在合伙企业中的财产份额部分或全部转让给他人。

(5) 未经其他合伙人一致同意, 合伙人不得以其在合伙企业中的财产份额出质。

(四) 普通合伙企业的事务执行及利益分配

1. 普通合伙企业事务的执行方式

合伙企业事务的执行是指为实现合伙目的而进行的业务活动。《合伙企业法》规定: “各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利, 可以同全体合伙人共同执行合伙企业事务, 也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定, 委托一名或者数名合伙人执行企业事务。执行合伙企业事务的合伙人, 对外代表合伙企业。”由此可见, 普通合伙企业事务的执行方式有两种, 即共同执行和委托执行。

合伙事务的执行与合伙事务的决定是不同的。合伙人对合伙企业有关事项做出决议, 按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或约定不明确的, 实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。除合伙协议另有约定外, 合伙企业的下列事务必须经全体合伙人一致同意:

- (1) 处分合伙企业的不动产;
- (2) 改变合伙企业的名称;
- (3) 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利;
- (4) 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点;
- (5) 以合伙企业名义为他人提供担保;
- (6) 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

2. 合伙人在合伙企业中的权利和义务

(1) 合伙人在合伙企业中的权利。合伙人在合伙企业的权利包括:

- ① 各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利;
- ② 不参加执行事务的合伙人有权监督执行事务的合伙人, 检查其执行合伙企业事务的情况;
- ③ 合伙人了解合伙企业的经营状况和财务状况, 有权查阅账簿;
- ④ 合伙协议约定或者经全体合伙人决定, 合伙人分别执行合伙企业事务时, 合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议, 提出异议时, 应暂停该项事务的执行, 如果发生争议, 可由全体合伙人共同决定;
- ⑤ 被委托执行合伙企业事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务时, 其他合伙人可以决定撤销该委托。



(2) 合伙人在合伙企业中的义务。合伙人在合伙企业中的义务主要包括：

① 由一名或者数名合伙人执行合伙企业事务的，应当依照约定向其他不参加执行事务的合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营状况和财务状况，其执行合伙企业事务所产生的收益归全体合伙人，所产生的亏损或者民事责任由全体合伙人承担；

② 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务；

③ 除合伙协议另有约定或者经全体合伙人同意外，合伙人不得同本企业进行交易；

④ 合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

3. 合伙企业的利润分配和亏损分担

合伙企业的利润和亏损，由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担；合伙协议未约定利润分配和亏损分担比例的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由各合伙人平均分配、分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

(五) 合伙企业与第三人的关系

1. 合伙企业对外代表权的内部限制

《合伙企业法》规定，合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。也就是说合伙人执行合伙事务的权利和对外代表合伙企业的权利，都会受到一定的内部限制。善意第三人是指与合伙企业善意进行民事行为的人，包括善意取得合伙企业财产和善意与合伙企业设定其他法律关系的人，如果这种内部限制对第三人发生效力，必须以第三人知道这一情况为条件，否则，该内部限制不对第三人发生效力。

2. 合伙企业的债务清偿

《合伙企业法》规定，合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿，合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。

以合伙企业财产清偿合伙企业债务时，其不足的部分，由各合伙人用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。合伙人由于承担连带责任，所清偿数额超过其应当承担的数额时，有权向其他合伙人追偿。

3. 合伙人个人债务的清偿

根据《合伙企业法》的规定，合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵消其对合伙企业的债务。合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。

合伙人个人财产不足清偿其个人所负债务的，该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。对该合伙人的财产份额，其他合伙人有优先受让的权利。

(六) 入伙、退伙

1. 入伙

(1) 入伙的概念和条件。入伙是指在合伙企业存续期间合伙人以外的第三人加入合伙企业并取得合伙人资格的法律行为。

根据《合伙企业法》的规定，新合伙人入伙时，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人告知原合伙企



业的经营状况和财务状况。

(2) 入伙的后果。新合伙人入伙后,即取得合伙人的资格,《合伙企业法》规定,入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利,承担同等责任。入伙协议另有约定的,从其约定。入伙的新合伙人对入伙前的债务要与原合伙人承担无限连带责任。

2. 退伙

(1) 退伙的概念和形式。退伙是指合伙企业存续期间合伙人退出合伙企业,从而丧失合伙人资格的法律行为。退伙主要有自愿退伙和法定退伙两种形式。

① 自愿退伙是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。自愿退伙又可以分为协议退伙和通知退伙。

a. 协议退伙。合伙协议约定了合伙企业的经营期限的,有下列情形之一时,合伙人可以退伙:

- 合伙协议约定的退伙事由出现;
- 经全体合伙人同意退伙;
- 发生合伙人难于继续参加合伙企业的事由;
- 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

b. 通知退伙。合伙协议未约定合伙企业的经营期限,在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下,合伙人可以不经其他合伙人同意而退伙,但应当提前 30 日通知其他合伙人。

擅自退伙的,应当赔偿由此给其他合伙人造成的损失。

② 法定退伙指直接根据法律的规定而退伙。法定退伙又可以分为当然退伙和除名退伙。

a. 当然退伙,是指发生了某种客观情况而导致的退伙。合伙人有下列情形之一的,属于当然退伙:

- 死亡或者被依法宣告死亡;
- 被依法宣告为无民事行为能力人;
- 个人丧失偿债能力;
- 被人民法院强制执行在合伙企业中的全部财产份额。

b. 除名退伙,也称开除退伙,是指在合伙人出现法定事由的情形下,由其他合伙人决议将该合伙人除名。合伙人有下列情形之一的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名:

- 未履行出资义务;
- 因故意或者重大过失给合伙企业造成损失;
- 执行合伙企业事务时有不正当行为;
- 合伙协议约定的其他事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起,除名生效,被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的,可以在接到除名通知之日起 30 日内,向人民法院起诉。

3. 退伙后的财产处理

合伙人死亡或者被依法宣告死亡的,对该合伙人在合伙企业中的财产享有合法继承权的继承人,依照合伙协议的约定或者经全体合伙人同意,从继承开始之日起,即取得该合伙企业的合伙人资格。合法继承人不愿意成为该合伙企业的合伙人的,合伙企业应退还其依法继承的财



产份额。合法继承人为未成年人的，经其他合伙人一致同意，可以在其未成年时由监护人代行其权利。

合伙人退伙的，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时合伙企业的财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待了结后进行结算。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。

（七）特殊的普通合伙企业

1. 特殊的普通合伙企业的概念

特殊的普通合伙企业是指采用合伙制形式，以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构，依照《合伙企业法》的规定承担责任的普通合伙企业。

这些服务机构不同于从事一般经营活动的企业，其获利的方式是由合伙人提供一定的专业知识和专门技术，该服务的提供需要各个合伙人具备相关的知识和技术，并且该服务的提供也有一定的风险性。为了表明企业性质，以区别于一般的普通合伙，特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊的普通合伙”字样。

2. 特殊的普通合伙企业的合伙人对合伙企业债务承担的责任

一个合伙人或数个合伙人在执业活动中因故意或重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

合伙人在执业活动中非因故意或重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

合伙人执业活动中因故意或重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

三、有限合伙企业

（一）有限合伙企业的概念和法律特征

有限合伙企业是指由一个以上的普通合伙人和一个以上的有限合伙人共同设立的合伙企业。有限合伙企业的法律特征体现在普通合伙人的“无限连带责任”与有限合伙人的“有限责任”上，它有两层含义：第一，普通合伙人均以其个人财产对合伙企业债务承担无限连带责任；第二，有限合伙人对合伙企业债务仅以其出资为限承担有限责任。

（二）有限合伙企业的设立条件

（1）有限合伙企业由2个以上50个以下合伙人设立，且至少应当有一个是普通合伙人。

（2）有自己的名称。有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

（3）有书面的合伙协议。合伙协议除符合普通合伙企业协议的相关规定外，还应当载明下列事项：普通合伙人和有限合伙人的姓名或名称、住所；执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；执行事务合伙人的权限与违约处理办法；执行事务合伙人的除名条件和更换程序；有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

（4）有合伙人的出资。普通合伙人的出资可按普通合伙企业的相关规定执行；有限合伙人也可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或其他财产权利作价出资，但有限合伙人不得以



劳务出资。有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或名称及认缴的出资数额。

（三）有限合伙企业事务的执行

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但有限合伙人参与决定普通合伙人入伙、退伙以及对企业的经营管理提出建议等行为，不视为执行合伙事务。

除合伙协议另有约定外，有限合伙人可以同本合伙企业进行交易，可以自营或与他人合营与本企业相竞争的业务，也可以将其在合伙企业中的财产份额出质。有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额，但应当提前 30 日通知其他合伙人。第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以合伙企业名义与他人进行交易，给合伙企业或其他合伙人造成损失的，应当承担赔偿责任。

四、合伙企业的解散、清算

（一）合伙企业的解散

合伙企业的解散是指合伙因某些法律事实的发生而使合伙归于消灭的行为。合伙企业有下列情形之一时，应当解散：

- （1）合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿继续经营的；
- （2）合伙协议约定的解散事由出现；
- （3）全体合伙人决定解散；
- （4）合伙人已不具备法定人数满 30 天；
- （5）合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
- （6）被依法吊销营业执照，责令关闭或被撤销；
- （7）法律、行政法规规定的其他原因。

合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

（二）合伙企业的清算

合伙企业解散的结果是合伙企业终止，但从合伙企业宣布解散到最后终止有一个过程，这个过程就是对合伙企业的债权、债务进行清算，解决合伙企业与债权、债务人的关系及合伙人的关系。

1. 清算人的确定

合伙企业解散后，应依法确定清算人。合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；未能由全体合伙人担任清算人的，经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后 15 日内指定一名或者数名合伙人，或者委托第三人担任清算人。15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

2. 通知债权人

清算人自被确定之日起 10 日内将合伙企业解散事项通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知之日起 30 日内，未接到通知的自公告之日起 45 日内，向清算人申报债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算人应当对债权进行登记。

3. 清算人处理清算事务

清算人在清算期间执行下列事务:

- (1) 清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；
- (2) 处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；
- (3) 清缴所欠税款；
- (4) 清理债权、债务；
- (5) 处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；
- (6) 代表合伙企业参加诉讼或仲裁活动。

清算结束，应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，办理合伙企业注销登记。

4. 清偿的顺序

合伙企业财产在支付清算费用后，应按下列顺序清偿：

- (1) 合伙企业所欠招用的职工工资、社会保险费用、法定补偿金；
- (2) 合伙企业所欠税款；
- (3) 合伙企业的债务。

合伙企业的财产按上述顺序清偿后仍有剩余的,则按约定或法定的比例在原合伙人之间进行分配。

合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

综合练习题二

一、选择题（有一个或多个正确选项）

- 个人独资企业的管理，可以（ ）。
A. 自行管理
B. 委托管理
C. 聘任管理
D. 只能自己管理
- 个人独资企业是（ ）。
A. 由一个自然人投资设立的企业
B. 一人公司
C. 私有制企业
D. 承担无限责任的企业
- 个人独资企业在设立时（ ）。
A. 有最低注册资金要求
B. 没有最低注册资金要求



- C. 有最高注册资金要求 D. 没有最高注册资金要求
4. 下列关于个人独资企业的表述中, 正确的是()。
- A. 投资人可以是自然人、法人或其他社会组织
B. 投资人对企业债务承担无限责任
C. 需征收企业所得税
D. 具有法人资格
5. 我国的企业是()。
- A. 营利性经济组织 B. 实行独立核算的经济组织
C. 取得工商营业执照的经济组织 D. 具有法人资格的经济组织
6. 企业按照组织形式可分为()。
- A. 独资企业 B. 合伙企业 C. 公司企业 D. 私营企业
7. 企业按照其法律地位可分为()。
- A. 法人企业 B. 非法人企业 C. 外资企业 D. 内资企业
8. 普通合伙企业的利润和亏损, 由合伙人依照合伙协议的约定分配, 合伙协议无约定时, 由各合伙人按()分配和分担。
- A. 出资比例 B. 贡献大小
C. 平均 D. 合伙企业事务执行人的决定
9. 普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额时, 应符合下列哪一选项?()
- A. 应当通知其他合伙人 B. 需经其他合伙人一致同意
C. 应当由受让人决定 D. 按照少数服从多数的原则进行表决
10. 合伙企业应当有书面合伙协议, 普通合伙人对企业债务负()责任。
- A. 有限 B. 无限 C. 连带 D. 无限连带
11. 关于普通合伙企业的事务执行形式, 下列正确表述的是()。
- A. 只能由全体合伙人共同执行合伙企业事务
B. 只能委托一名合伙人执行合伙企业事务
C. 只能委托数名合伙人执行合伙企业事务
D. 可以由全体合伙人共同执行合伙企业事务, 也可以委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务
12. 合伙人有下列()情形的, 为当然退伙。
- A. 合伙协议约定退伙的事由出现
B. 未履行出资义务
C. 执行合伙事务时有不当行为
D. 个人丧失偿债能力
13. 普通合伙企业()。
- A. 其合伙人享有平等的企业事务执行权
B. 其执行合伙事务的合伙人享有对外代表企业权
C. 其合伙人享有查阅企业账簿、文件权
D. 其合伙人享有异议权和撤销委托执行企业事务权



二、判断题（判断正误并改错）

1. 个人独资企业是由一个自然人投资，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。 ()
2. 个人独资企业的名称应当与其责任形式及从事的营业相符合。 ()
3. 只有具备完全民事行为能力的人才资格申请设立个人独资企业。 ()
4. 外国自然人在我国投资设立的独资企业也适用《个人独资企业法》。 ()
5. 个人独资企业解散后，原投资人对该企业存续期间的债务仍应承担偿还责任。 ()
6. 个人独资企业的投资人不可以委托他人管理企业事务。 ()
7. 个人独资企业的投资人对从事企业事务管理的受托人职权上的限制不得对抗善意第三人。 ()
8. 个人独资企业解散后，对其未清偿的债务，债权人请求原投资人清偿，只要原投资人有能力清偿便无任何理由可以拒绝。 ()
9. 法人及其他社会组织、在职公务员均不得成为合伙企业的合伙人。 ()
10. 普通合伙企业事务的执行一般是在合伙人中推选一个合伙人执行。 ()
11. 普通合伙人之间对合伙企业债务分担比例的约定对债权人同样具有约束力。 ()
12. 合伙人的债权人不得以该债权抵消其对合伙企业的债务。 ()
13. 合伙企业的亏损可以约定由部分合伙人承担全部责任。 ()
14. 入伙人对入伙前合伙企业的债务无须负清偿责任。 ()
15. 合伙人退伙后对合伙企业的债务不再负清偿责任。 ()
16. 普通合伙企业的债权人可以根据自己的清偿利益，请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任，也可以按照自己确定的比例向各合伙人分别追偿。 ()
17. 普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额时，不需经其他合伙人同意。 ()
18. 个人独资企业的生产经营所得需征收企业所得税。 ()

三、案例分析题

1. 2003年1月，甲出资5万元设立A个人独资企业（以下简称A企业）。甲聘请乙管理企业事务，同时规定，凡乙对外签订标的额超过1万元以上的合同，需经甲同意。2月乙未经甲同意，以A企业名义向丙购入价值2万元的货物。但丙不知道甲乙之间的约定。2004年7月，A企业发生亏损，不能支付到期的丁的债务，甲决定解散该企业，并请求人民法院指定清算人。人民法院指定李某作为清算人对A企业进行清算。经查，A企业和甲的资产及债权债务情况如下：

- (1) A企业欠缴税款2000元，欠乙工资5000元，欠社会保险费用5000元，欠丁10万元；
- (2) A企业的银行存款1万元，实物折价8万元；
- (3) 甲其他可执行的财产价值2万元。

要求：根据上述事实及有关法律，回答下列问题：

- (1) 乙于2月以A企业名义向丙购买价值2万元货物的行为是否有效？并说明理由。
- (2) 试述A企业的财产清偿顺序。
- (3) A企业如何偿还欠丁的债务？



(4) A 企业解散后, 甲还应履行什么责任?

2. 王某、李某、陈某三人达成协议, 成立一经营体育器材的普通合伙企业。三人认为彼此之间关系密切, 因而只在口头上达成协议。三人中李某是一工商所所长, 只能利用节假日去经营事务, 因而协议中, 其分得的利润最少。三人将合伙企业名称定为“英华体育器材有限责任公司”。

请问: 以上三人在设立合伙企业时有哪些做法是不符合法律规定的?

3. 甲、乙两人开办了一家普通合伙企业。甲出资 10 万元, 乙出资 5 万元。在经营中因欠丙 60 万元货款发生纠纷被起诉到法院。由于乙无力偿还, 法院判决由甲偿还丙货款 60 万元。甲认为法院判决不当, 甲只应承担 40 万元, 乙也应承担 20 万元。法院的判决对吗? 为什么?

4. 甲、乙、丙三人各出资 5 万元组建一普通合伙企业, 合伙协议中规定, 对利润分配和亏损承担的办法: 甲分配或分担 $\frac{3}{5}$, 乙、丙各分配或分担 $\frac{1}{5}$ 。该合伙企业的负责人是甲, 对外代表合伙企业, 合伙企业经营汽车配件生产、销售, 经营期限 2 年。请回答:

(1) 乙、丙在合伙企业事务中拥有什么权利?

(2) 甲在担当合伙企业负责人期间, 能否与其他人再合伙建一家汽车配件门市部? 为什么?

(3) 如合伙协议中规定, 甲不得代表合伙企业签订标的额 10 万元以上的合同, 后来, 甲与某机械厂签订了一份 15 万元的合同, 此合同是否有效? 为什么?

第三章 外商投资企业法



学习目标

通过本章学习,要求了解有关外商投资企业的类型,理解并掌握外商投资企业的设立条件、组织形式、出资方式、经营管理等内容,理解其各自的特征,能够运用相关知识解决实践中的具体问题。

第一节 外商投资企业法概述

一、外商投资企业的概念和特征

外商投资企业,是指外国投资者经中国政府批准,在中国境内投资举办的企业。外商投资企业具有以下基本特征:

(1) 外商投资企业是外商直接投资举办的企业。直接投资是指投资者将资金投入企业,并不同程度地参与企业的经营决策,通过企业盈利分配获取投资收益的投资方法。其相对于间接投资而言,具有更大的稳定性。

(2) 外商投资企业是吸引外国私人投资举办的企业。私人投资是指以公司、企业和其他经济组织或者个人的名义进行的投资。它与政府的对外援助不同,具有民间经济技术合作的色彩。

(3) 外商投资企业是依照中国的法律和行政法规,经中国政府批准,在中国境内设立的企业。

按照我国的法律和行政法规规定,设立外商投资企业必须经中国政府批准,并在中国境内设立。外商投资企业设立后,必须遵守中国的法律;同时,也受中国法律的保护。

二、外商投资企业的种类

根据我国有关法律和行政法规规定,我国目前的外商投资企业主要有以下几种:

- (1) 中外合资经营企业;
- (2) 中外合作经营企业;
- (3) 外资企业;
- (4) 中外合资股份有限公司。

三、外商投资企业的投资项目

为了使外商投资企业的投资项目与我国国民经济和社会发展规划相适应,并有利于保护投资者的合法权益,2002年2月21日国务院发布了《指导外商投资方向规定》。

根据《指导外商投资方向规定》的规定,外商投资企业的投资项目分为四类:



（一）鼓励类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为鼓励类外商投资项目：

- （1）属于农业新技术、农业综合开发和能源、交通、重要原材料工业的；
- （2）属于高新技术、先进实用技术，能够改进产品性能、提高企业技术经济效益或者生产国内生产能力不足的新设备、新材料的；
- （3）适应市场需求，能够提高产品档次、开拓新兴市场或者增加产品国际竞争能力的；
- （4）属于新技术、新设备，能够节约能源和原材料、综合利用资源和再生资源以及防治环境污染的；
- （5）能够发挥中西部地区的人力和资源优势，并符合国家产业政策的；
- （6）法律、行政法规规定的其他情形。

（二）限制类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为限制类外商投资项目：

- （1）技术水平落后的；
- （2）不利于节约能源和改善生态环境的；
- （3）从事国家规定实行保护性开采的特定矿种勘探、开采的；
- （4）属于国家逐步开放的产业的；
- （5）法律、行政法规规定的其他情形。

（三）禁止类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为禁止类外商投资项目：

- （1）危害国家安全或者损害社会公众利益的；
- （2）对环境造成污染损害，破坏自然资源或者损害人体健康的；
- （3）占用大量耕地，不利于保护、开发土地资源的；
- （4）危害军事设施安全和使用效能的；
- （5）运用我国特有工艺或者技术生产产品的；
- （6）法律、行政法规规定的其他情形。

（四）允许类外商投资项目

不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目，为允许类外商投资项目。产品全部直接出口的允许类外商投资项目，视为鼓励类外商投资项目。产品出口销售额占其产品销售总额70%以上的限制类外商投资项目，经省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府或者国务院主管部门批准，可以视为允许类外商投资项目。

四、我国对外商投资企业的法律保护

我国对外商投资企业的法律保护，集中体现在我国外商投资企业的法律法规中。我国相继颁布了一系列有关调整外商投资企业关系的法律、法规及规章，主要包括：《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法实施细则》、《中华人民共和国中外合作经营



企业法实施细则》、《中华人民共和国外资企业法实施细则》、《国务院关于鼓励外商投资的规定》等。

本章介绍《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》的主要内容。

第二节 中外合资经营企业法



课堂案例

某中外合资经营企业的注册资本为500万美元，其中外国合营者认缴出资为300万美元，中国合营者认缴出资为200万美元。如果合营企业合同约定分三期缴付出资，则外国合营者第一期缴付的出资额应不低于多少万美元？

一、中外合资经营企业的概念和特征

中外合资经营企业（以下简称“合营企业”），是指由中外合营者（中国的企业或其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或个人）根据中国法律的规定，按照平等互利的原则，经中国政府批准，在中国境内共同投资、共同经营、共负盈亏、共担风险的企业。

合营企业具有如下特征：

- （1）合营企业的一方为中国合营者，另一方为外国合营者；
- （2）合营各方共同投资、共同经营、共负盈亏、共担风险；
- （3）合营企业的组织形式为有限责任公司；
- （4）合营企业是经中国政府批准设立的中国法人。

二、中外合资经营企业的设立

（一）设立条件

申请设立的合营企业应注重经济效益，符合下列一项或数项要求：

（1）采用先进技术设备和科学管理方法，能增加产品品种，提高产品质量和产量，节约能源和材料；

- （2）有利于企业技术改造，能做到投资少、见效快、收益大；
- （3）能扩大产品出口，增加外汇收入；
- （4）能培训技术人员和经营管理人员。

申请设立的合营企业有下列情况之一的，不予批准：

- （1）有损中国主权的；
- （2）违反中国法律的；
- （3）不符合中国国民经济发展要求的；



- (4) 造成环境污染的;
- (5) 签订的协议、合同、章程显属不公平, 损害合营一方权益的。

(二) 设立程序

1. 申请

中国合营者应向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告, 经审查同意并转报审批机构批准后, 合营各方才能进行以可行性研究为中心的各项工作, 并在此基础上协商签订合营企业的协议、合同和章程。

2. 审批

设立合营企业, 应由中国合营者负责向审批机构报送设立合营企业的申请书, 可行性研究报告, 合营企业的协议、合同和章程, 合营企业董事长、副董事长、董事人选名单, 企业主管部门和合营企业所在地的省、自治区、直辖市人民政府对设立该合营企业签署的意见。审批机构自接到全部文件之日起 3 个月内决定批准或不批准; 经批准的, 发给批准证书。

3. 登记

合营企业申请者领取批准证书后, 依法应在 1 个月内向其所在地的省、自治区、直辖市工商行政管理局办理注册登记, 领取营业执照, 该营业执照的签发日期即为合营企业的成立日期。

三、中外合资经营企业的组织形式、注册资本与合营各方的出资方式

(一) 合营企业的组织形式

合营企业的组织形式为有限责任公司, 即合营企业以其拥有的全部财产对债务负责, 而合营各方对企业的责任也仅以其各自认缴的出资额为限。

(二) 合营企业的注册资本

合营企业的资本由注册资本和借入资本两部分构成, 二者合称投资总额。合营企业的注册资本, 是指为设立合营企业在登记管理机构注册的资本总额, 应为合营各方认缴的出资额之和。在合营企业的注册资本中, 外国合营者的投资比例一般不低于 25%。合营企业的注册资本, 应当与生产经营的规模、范围相适应。合营企业在合营期内不得减少其注册资本。经合营他方同意和审批机构批准, 合营一方可以向第三者转让其全部或部分出资额; 一方转让出资额时, 合营他方有优先购买权。

为了防止投资总额中借入资本比例过大, 使合营企业的注册资本与生产经营规模、范围相适应, 国家有关法律规定合营企业的注册资本与投资总额的比例应当遵守如下规定:

(1) 合营企业投资总额在 300 万美元以下 (含 300 万美元) 的, 其注册资本至少应占投资总额的 7/10。

(2) 合营企业投资总额在 300 万美元以上至 1 000 万美元 (含 1 000 万美元) 的, 其注册资本至少应占投资总额的 1/2; 其中投资总额在 420 万美元以下的, 注册资本不得低于 210 万美元。

(3) 合营企业投资总额在 1 000 万美元以上至 3 000 万美元 (含 3 000 万美元) 的, 其注册资本至少应占投资总额的 2/5; 其中投资总额在 1 250 万美元以下的, 注册资本不得低于 500 万美元。



(4) 合营企业投资总额在 3 000 万美元以上的,其注册资本至少应占投资总额的 1/3;其中投资总额在 3 600 万美元以下的,注册资本不得低于 1 200 万美元。

(三) 合营企业各方的出资方式

合营企业各方可以用货币出资,也可以用实物出资,即用建筑物、厂房、机器设备或其他物料作价出资,还可以用工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。出资的作价,由合营各方按照公平合理的原则协商确定或聘请合营各方同意的第三者评定。外国合营者作为投资的技术和设备,必须确实是适合我国需要的先进技术和设备,其中,以工业产权或专有技术以及机器设备或其他物料作为出资,还应以中国合营者的企业主管部门审查同意,报审批机批准。中国合营者提供的场地使用权如果未作为其投资的一部分,合营企业应向中国政府缴纳场地使用费。

四、中外合资经营企业的组织机构

(一) 合营企业的董事会

董事会是合营企业的最高权力机构,决定合营企业的重大问题。其人数组成由合营双方协商确定,并由合营各方委派和撤换。中外合营者的一方担任董事长的,由他方担任副董事长,董事长是合营企业的法定代表人。董事会的职权是按合营企业章程规定,讨论决定合营企业的一切重大问题。

(二) 合营企业的经营管理机构

合营企业设立经营管理机构,负责日常的经营管理工作。经营管理机构设总经理 1 人,副总经理若干人。正副总经理由合营各方分别担任,均由合营企业董事会聘请。总经理执行董事会会议的各项决议,组织领导合营企业的日常经营管理工作。在董事会授权范围内,总经理对外代表合营企业,对内任免下属人员,行使董事会授予的其他职权。

(三) 合营企业的工会组织

合营企业职工有权依法建立基层工会组织,依法维护职工的民主权利和物质利益。

五、中外合资经营企业的经营管理

(一) 合营企业的生产经营计划

合营企业在中国法律、法规规定的范围内,有权自主地从事经营管理活动。合营企业按照合营合同规定的经营范围和生产规模制定生产经营计划,由董事会批准执行,报企业主管部门备案。

(二) 合营企业的物资购买与产品销售

合营企业对所需的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具和办公用品等,有权自行决定在中国购买或向国外购买,但在同等条件下,应先在中国购买。在销售方面,中国政府鼓励合营企业向国际市场销售其产品,但合营企业生产的产品属于中国急需的或中国需要进口



的，可以以在中国国内市场销售为主。

（三）合营企业的利润分配

合营企业按税法规定缴纳企业所得税后的利润，按董事会确定的比例提取储备基金、职工奖励及福利基金、企业发展基金后，即为可分配利润，应按照合营各方的出资比例进行分配。但在亏损情况下，以前年度的亏损未弥补前不得分配利润。以前年度未分配的利润，可并入本年度利润分配。

合营企业的各项保险应向中国的保险公司投保。

六、中外合资经营企业的期限、解散和清算

（一）合营企业的合营期限

合营企业的合营期限，按不同行业、不同情况做不同的约定。有的行业的合营企业，应当约定合营期限；有的行业的合营企业，可以约定合营期限，也可以不约定合营期限。约定合营期限的合营企业，合营各方同意延长合营期限的，应在距合营期满 6 个月前向审批机关提出申请。审批机关应自接到申请之日起 1 个月内决定批准或不批准。

（二）合营企业的解散

合营企业合营期限届满而不申请延长合营期限，合营企业自然解散。而在合同规定的有效期内，发生下列情况，应由董事会提出解散申请书，报审批机关批准。

- （1）企业发生严重亏损，无力继续经营；
- （2）合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；
- （3）因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；
- （4）合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；
- （5）合营企业合同、章程规定的其他解散原因已经出现。

（三）合营企业的清算

合营企业宣告解散时，董事会应提出清算的程序、原则和清算委员会人选，报企业主管部门审核并监督清算。清算委员会的任务是对合营企业的财产、债权、债务进行全面清查，编制资产负债表和财产目录，提出财产作价和计算依据，制定清算方案，提请董事会会议通过后执行。在合营企业清算工作结束后，由清算委员会提出清算结束报告，提请董事会通过后报原审批机关，并向原登记管理机构办理注销登记手续，注销营业执照。合营企业解散后，各项账册及文件应由原中国合营者保存。

七、合营各方争议的解决

合营各方发生纠纷，董事会不能协商解决时，由中国仲裁机构进行调解或仲裁，也可由合营各方协议在其他仲裁机构仲裁。如合营各方之间没有仲裁的书面协议，发生争议的任何一方都可以依法向中国的人民法院起诉。



第三节 中外合作经营企业法



课堂案例

中外合作经营企业法律制度规定，中外合作经营企业合同约定外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资的，必须经下列哪个机关审查批准？

- A. 企业行业主管机关
- B. 对外经济贸易管理机关
- C. 财政税务机关
- D. 企业登记机关

一、中外合作经营企业的概念和特征

中外合作经营企业（以下简称“合作企业”），是指中外合作者依照中国法律的规定，在中国境内共同投资，按合作企业合同约定分配收益或产品、分担风险和亏损的企业。

与合营企业相比，合作企业具有以下三个法律特征：

（1）合作企业是一种契约式的合营企业。中外合作者各自的权利义务是由双方在平等互利的原则下，通过协商用书面合同规定的。双方根据合同所定的比例，分享利润或产品，分担风险和亏损。这和以出资比例来分享利润和承担责任的股权式合营企业是不同的。

（2）合作企业的出资方式较为灵活，可以各种方式出资，不一定以货币计算股权，只需确定各方的合作条件，并可提前回收投资。这和合营企业必须由中外合营者以参股方式出资，以货币计算各自的股权，并且不能提前回收投资是有区别的。

（3）合作企业的组织形式和组织机构多样化，既可组织法人型合作企业，设立统一的经营管理机构；也可以组织不具有法人资格的合伙型合作企业，设立联合管理机构；还可以由合作各方确定委托合作一方或第三方管理企业。这和合营企业的组织形式为有限责任公司，且必须在中国境内建立一个具有法人资格的经营实体的规定相比，显示出合作企业独特的灵活性。

二、中外合作经营企业的注册资本与投资、合作条件

（一）合作企业的注册资本

合作企业的注册资本，是指为设立合作企业，在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本可以用人民币表示，也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。合作企业的注册资本在合作期限内不得减少，但因投资总额和生产经营规模等变化，确需减少的需经审查批准机关批准。

（二）合作企业的投资和合作条件

合作企业的中外合作者，其投资或提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。中国合作者的投资或提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。在依法取得中国法人资格的合作企业中，



外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%。不具有法人资格的合作企业，应当向工商行政管理机关登记合作各方的投资或所提供的合作条件。

合作企业合作各方的出资不一定都需折算为货币形式计算投资比例，只需确定各方的合作条件。这种做法与合营企业相比较更为灵活简便，可以避免合作各方在对实物，如厂房、设备和工业产权、非专利技术如何作价中的许多争议。

中外合作者应按照中国法律和合作企业合同约定，如期履行缴足投资、提供合作条件的义务。上述投资或提供的合作条件，应当由中国注册会计师或有关机构验证并出具证明。

三、中外合作经营企业的组织形式与管理形式

（一）合作企业的组织形式

1. 法人型合作企业

合作企业符合中国法律关于法人条件的规定，依法取得中国法人资格，其组织形式为有限责任公司。法人型合作企业拥有自己独立的财产，以企业法人的名义享受权利并承担义务。除合作企业合同另有约定外，合作各方以其投资或提供的合作条件为限对合作企业承担责任，合作企业以其全部财产对合作企业的债务承担责任。

2. 非法人型合作企业

非法人型合作企业不具有法人资格，合作各方应根据其认缴的出资额或提供的合作条件，在合作合同中约定各自承担债务责任的比例，但不得影响合作各方连带责任的履行，偿还合作企业债务超过自己应当承担数额的合作一方，有权向其他合作者追偿。

（二）合作企业的管理形式

合作企业的管理形式有以下三种。

1. 董事会制

法人型合作企业一般实行董事会制，董事会是合作企业的最高权力机构，决定合作企业的重大问题。董事会的组成、董事长的人选由合作双方协商确定。董事会决定或聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作，总经理对董事会负责。

2. 联合管理制

非法人型合作企业，采用联合管理制，即由合作各方委派代表组成联合管理委员会，代表合作各方共同管理合作企业。联合管理机构是合作企业最高领导和决策机构，有权决定合作企业的一切重大问题，任命或选派总经理负责企业的日常经营管理工作。

3. 委托管理制

委托管理制是指合作企业成立后，经董事会或联合管理委员会一致同意，委托合作各方以外的他人经营管理合作企业。采用这种管理形式的合作企业，应当与被委托人签订委托经营管理合同。合作企业应当将董事会或联合管理委员会的决议、签订的委托经营管理合同，连同被委托人的资信证明等文件，一并报送审查批准机关批准。

在实践中，委托管理制还有另一种形式，即经合作企业的中外双方同意，委托合作一方进行管理，另一方不参加管理。



四、中外合作经营企业收益分配、亏损风险分担及投资回收

（一）合作企业收益分配、亏损风险分担

在合营企业中，合营各方是按注册资本中的投资比例分享利润并分担风险及亏损。而合作企业的合作各方，是依照合作企业合同的约定，分配收益或产品，承担风险和亏损。在收益分配上，中外合作者可以采用分配利润、分配产品或合作各方共同商定的其他方式分配收益。采用分配产品或其他方式分配收益的，应当按照税法的有关规定，计算应纳税额。外国合作者在合作期限内先行回收投资的，中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定，对合作企业的债务承担责任。

（二）合作企业外国合作者的投资回收

合作企业允许在一定条件下，外国合作者先行回收其投资。中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时，合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有的，外国合作者在合作期限内可以申请按照下列方式先行回收其投资：

（1）在按照投资或提供合作条件进行分配的基础上，在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例。

（2）经财政税务机关按照国家有关税收的规定审查批准，外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资。

（3）经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。外国合作者依照上述第（2）、（3）项的规定提出先行回收投资的申请，应当具体说明先行回收投资的总额、期限和方式，经财政税务机关审查同意后，报审查批准机关审批。合作企业的亏损未弥补前，外国合作者不得先行回收其投资。

五、中外合作经营企业的合作期限和终止

合作企业的合作期限由中外合作者协商并在合作企业合同中订明。中外合作者同意延长合作期限的，应在距合作期满 180 天前向审查批准机关提出申请，审查批准机关应自接到申请之日起 30 天内决定批准或不批准。合作企业经批准延长合作期限的，应向原登记机关办理变更登记手续。如果合作企业合同约定外国合作者先行回收其投资，并且投资已经回收完毕，合作企业期限届满不再延长。

合作企业在合作期限届满或合作企业合同中规定的终止原因出现时终止。合作企业期满或提前终止时，应依照法定程序对资产及债权、债务进行清算。中外合作者应依照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。

合作企业期满或提前终止，应向工商行政管理机关和税务机关办理注销登记手续。

第四节 外资企业法

一、外资企业的概念和特征

外资企业，是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业，但不包括外国企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构。



外资企业具有以下三个特征：

(1) 外资企业是依照中国有关法律设立的企业，这有别于依照外国法律设立的外国企业。

(2) 外资企业是外国投资者在中国境内设立的企业，其主要办事机构必须设在中国境内。这与主要办事机构设立在中国境外的外国企业在中国境内设立的子公司、分支机构也是有区别的。

(3) 外资企业的全部资本由外国投资者（包括外国企业、其他经济组织或个人）投资，中国企业或其他经济组织不提供任何注册资本。这是外资企业与中外合资经营企业、中外合作经营企业的重要区别。

外资企业法是调整外资企业从设立到终止期间所发生的各种经济关系的法律规范的总称。这些法律规范主要包括《中华人民共和国外资企业法》和《中华人民共和国外资企业法实施细则》等。

二、外资企业的设立

设立外资企业，必须有利于中国国民经济的发展，能够取得显著的经济效益，并采用先进技术和设备，或产品大部分或全部出口。对于新闻、出版、广播、电视、电影、国内商业、对外贸易、保险、邮电通信、公用事业、交通运输、房地产、信托投资、租赁等行业，国家禁止或限制设立外资企业。

外国投资者在提出设立外资企业申请前，应向拟设立外资企业所在地的县级或县级以上人民政府提交报告，地方人民政府应在收到报告之日起 30 天内以书面形式答复外国投资者。

外国投资者设立外资企业，应通过拟设立外资企业所在地的县级或县级以上人民政府向审批机关提出申请，审批机关应在收到申请设立外资企业的全部文件之日起 90 天内决定批准或不批准。

设立外资企业的申请经审批机关批准后，外国投资者应在收到批准证书之日起 30 天内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照，其营业执照签发日期即为该企业成立日期。外资企业应在企业成立之日起 30 天内向税务机关办理税务登记。

三、外资企业的组织形式、注册资本、出资方式 and 出资期限

（一）外资企业的组织形式

外资企业的组织形式为有限责任公司；经批准，也可以为其他责任形式，外资企业的组织形式为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

（二）外资企业的注册资本

外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国有关规定。外资企业在经营期限内不得减少其注册资本。外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。外资企业将其财产或权益对外抵押、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。

（三）外资企业的出资方式

外国投资者可以用自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价



出资,经审批机关批准,外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

(四) 外资企业的出资期限

外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资,但最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的 25%,并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴清。

四、外资企业的经营管理

(一) 生产经营管理

外资企业在制定生产经营计划、购买物资、销售产品等方面享有与中外合资经营企业大致相同的自主权。

(二) 劳动管理

外资企业在中国境内雇用职工,双方应依照中国法律、法规,就雇用、辞退、报酬、福利、劳动保护和保险等事项签订劳动合同。外资企业不得雇用童工。

(三) 财务会计管理

外资企业应当执行国家统一的财务会计制度,并根据中国有关法律和财务会计制度的规定,制定适合本企业的财务会计制度,报当地财政、税务机关备案。

五、外资企业的期限、终止和清算

(一) 外资企业的期限

外资企业的经营期限,根据不同行业和企业的具体情况,由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟定,经审批机关批准。外资企业的经营期限,从其营业执照签发之日起计算。外资企业经营期限满需要延长经营期限的,应当在距经营期限满 180 天前向审批机构报送延长经营期限的申请书。审批机关应当在收到申请书之日起 30 天内决定批准或不批准,外资企业经批准延长经营期限的,应当自收到批准延长期限文件之日起 30 天内,向工商行政管理机关办理变更登记手续。

(二) 外资企业的终止

外资企业有下列情形之一的,应予终止:

- (1) 经营期限届满;
- (2) 经营不善,严重亏损,外国投资者决定解散;
- (3) 因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失,无法继续经营;
- (4) 破产;
- (5) 违反中国法律、法规,危害社会公共利益被依法撤销;外资企业章程规定的其他解散事由出现。

外资企业如存在上述第 2、3、4 种情形,应自行提交终止申请书,报审批机关核准终止;



如依上述第 1、2、3、6 项规定终止的应在终止之日起 15 天内对外公告并告知债权人。

（三）外资企业的清算

外资企业应在终止公告发出之日起 15 天内，提出清算程序、原则和清算委员会人选，报审批机关审核后进行清算。清算委员会应由外资企业的法定代表人、债权人代表及有关主管机关的代表组成，并聘请中国的注册会计师、律师等参加。外资企业在清算结束之前，外国投资者不得将该企业的资金汇出或携带出中国境外，不得自行处理企业的财产。在清算结束后，外资企业资产净额和剩余财产超过注册资本的部分视同利润，应依照中国税法规定缴纳所得税，并向工商行政管理机关办理注销登记手续。

综合练习题三

一、选择题（有一个或多个正确答案）

1. 外商投资企业的基本形式有（ ）。
A. 外资企业
B. 中外合作经营企业
C. 私营企业
D. 中外合资经营企业
2. 外商独资企业是（ ）。
A. 依照中国法律在中国境内注册登记设立的企业
B. 外商参与创办或独立创办的企业
C. 住所地在中国境内，依我国法律属于中国（国籍）的企业
D. 注册资本部分或全部来源于外商的直接投资
3. 下列企业属于外商投资企业的有（ ）。
A. 北京首信诺基亚移动通信有限公司
B. 珠海飞利浦家庭电器有限公司
C. 东芝电脑（上海）有限公司
D. 美国曼秀雷敦公司
4. 下列属于外国企业的有（ ）。
A. 东芝公司
B. 曼秀雷敦（中国）药业有限公司
C. 阿尔卡特苏州通讯有限公司
D. 德国 GBK 公司总裁上海办事处
5. 韩国 BBB 公司广州分公司是（ ）。
A. 外国企业在华的分支机构
B. 中国的企业
C. 中外合资企业
D. 外资企业
6. 美国 CDG 公司上海办事处——（ ）。
A. 它不是独立的经济实体和法律实体，不具备独立的法律人格和法律地位
B. 它依照我国法律在我国设立，其一切活动要受我国法律管辖
C. 它不具备我国的国籍，属美国企业在华分支机构
D. 它属于美国国籍，一切活动要受美国法律的管辖



7. 中外合资经营企业是（ ）。
- A. 中外双方投资者共同举办的企业 B. 中国（国籍）的企业
C. 股权式法人企业 D. 契约式企业
8. 中外合作经营企业是（ ）。
- A. 中外双方投资者共同举办的企业 B. 中国（国籍）的企业
C. 契约式企业 D. 法人企业
9. 在我国的外资企业（ ）。
- A. 其全部资本来源于外国投资者 B. 它属于我国国籍的企业
C. 是契约式企业 D. 一般为有限责任公司
10. 关于中外合资企业引进技术正确选项有（ ）。
- A. 技术输出方一般不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格
B. 技术转让协议的期限一般不超过 10 年
C. 技术转让协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术
D. 技术输入方有权按自己认为合适的来源购买需要的机器设备、零部件和原材料
11. 合营企业的文件、证件、报表应当经中国的注册会计师验证并出具证明，方为有效的，包括（ ）。
- A. 合营各方的各种出资证明书 B. 企业的年度会计报表
C. 企业的合同、章程 D. 企业清算的会计报表
12. 中外合作企业的审批机关包括（ ）。
- A. 商务部 B. 国务院授权的其他部门
C. 地方人民代表大会 D. 地方人民政府
13. 设立合作企业，应当由中国合作者向审查批准机关报送的文件主要有（ ）。
- A. 项目建议书
B. 可行性研究报告
C. 合作企业协议、合同章程
D. 合作各方的营业执照、法定代表人的有效证明文件
14. 中外合作者分配收益可以采用（ ）。
- A. 分配利润 B. 分配产品 C. 共同商定的其他方式
15. 设立外资企业的审批机关包括（ ）。
- A. 商务部 B. 省级人民政府
C. 计划单列市人民政府 D. 经济特区人民政府
16. 关于设立外资企业正确的有（ ）。
- A. 在申请前取得拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上地方人民政府同意
B. 通过县级或者县级以上地方人民政府向审批机关提出申请
C. 外国投资者应当在收到批准证书之日起 30 天内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照
D. 外国投资者在收到批准证书之日起满 30 天未向工商行政管理机关申请登记的，外资企业批准证书自动失效



17. 下面关于外资企业出资的说法正确的有（ ）。
- A. 外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术应当为外国投资者所有
 - B. 工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致
 - C. 工业产权、专有技术作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%
 - D. 作价出资的工业产权、专有技术，应当备有详细资料
18. 关于外资企业出资期限的规定正确的有（ ）。
- A. 外国投资者必须在注册登记前缴清所有出资
 - B. 第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的 15%
 - C. 第一期出资应在企业营业执照签发之日起 90 天内缴清
 - D. 最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清

二、判断题

1. 合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决，均应当适用中国的法律。（ ）
2. 合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。（ ）
3. 合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。（ ）
4. 合营企业工会是职工利益的代表，有权代表职工同合营企业签订劳动合同，并监督合同的执行。（ ）
5. 外国合作者进口的机器设备、零部件和其他物料以及合作企业用投资总额内的资金进口生产、经营所需的机器设备、零部件和其他物料，免征进口关税和进口环节的流转税。（ ）
6. 未按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的一方，应当向已按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的一方承担违约责任。（ ）
7. 中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时，合作企业的全部固定资产一般无偿归中国合作者所有。（ ）
8. 不具有法人资格的合作企业应当在合作企业所在地设置统一的会计账簿；合作各方还应当设置各自的会计账簿。（ ）
9. 合资企业在国内的购买和销售享受与国内其他企业同等的待遇。（ ）
10. 合营企业有权自行出口其产品也可以委托外国合营者的销售机构或者中国的外贸公司代销或者经销。合营企业生产的产品，可以自主经营出口，不受国家出口许可的限制。（ ）
11. 外资企业出口本企业产品无须办理出口许可证。（ ）
12. 外资企业应当向财政、税务机关报送年度资产负债表和损益表，并报审批机关和工商行政管理机关备案。（ ）

三、判断改错题

1. 合营企业协议是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件。（ ）
2. 外国合营者出资的外币，按企业登记当日中国人民银行公布的基准汇率折算成人民币或者套算成约定的外币。（ ）
3. 合营企业协议是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意，规定合营企



业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。()

4. 中外合营企业的审批机构在接受申请后,应自接到规定的全部文件之日起,6个月内决定批准或者不批准。()

5. 中外合资经营企业的股东会是合营企业的最高权力机构,决定合营企业的一切重大问题。()

6. 设立中外合营企业和中外合作企业,外国投资者的投资一般不低于合作企业注册资本的25%。()

7. 合营企业职工招收、招聘、辞退、辞职工资、福利、劳动保险、劳动保护、劳动纪律等事宜,可以根据企业的情况自行规定办理。()

8. 中外合作经营企业的联合管理委员会是企业的权力机构。()

9. 中外合作企业合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者合作条件,对该投资或者合作条件不得设置抵押权或者其他形式的担保。()

10. 中外合作企业在限期届满仍未履行合作合同约定的,审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书,工商行政管理机关应当撤销合作企业的营业执照。()

11. 不具有法人资格的合作企业其合作的各方对该合作企业承担有限责任。()

12. 外国投资者未能在上述规定的期限内缴付第一期出资的,外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当办理注销登记手续,缴销营业执照;否则由工商行政管理机关吊销其营业执照并予以公告。()

13. 外资企业应当向财政、税务机关报送年度资产负债表和损益表,并报审批机关和工商行政管理机关备案。()

第四章 公司法律制度



学习目标

通过本章的学习，理解公司的概念、特征及分类，并重点掌握有限责任公司、股份有限公司的设立和组织机构，股份的发行和转让，公司合并、分立、解散和清算，并能运用所学知识分析和解决有关公司的具体法律问题。

第一节 公司法概述

一、公司的概念和特征

（一）公司的概念

公司是依照公司法设立的，以营利为目的，由股东投资形成的企业法人。公司是在企业发展过程中，为适应社会化大生产和市场经济的发展需要而形成的一种企业组织形式，是以资本的联合为基础设立的。

（二）公司的法律特征

1. 合法性

公司必须依照公司法规定的条件和程序设立，在公司成立后也必须依照有关法律规定进行管理、从事经营活动。

2. 营利性

公司作为一种企业，应当通过自己的生产、经营、服务等活动取得实际的经济利益，并将这些利益依法分配给公司的投资者。我国《公司法》规定：“公司在国家宏观调控下，按照市场需求自主组织生产经营，以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的。”

3. 独立性

公司是具有法人资格的企业。也就是说，法律赋予公司完全独立的人格，公司就像自然人一样，独立享有权利，承担义务和责任。我国《公司法》规定：“公司以其全部法人财产，依法经营，自负盈亏。”

二、公司的种类

公司可依据不同的标准进行分类：

（1）依据股东对公司承担的责任不同，可以将公司分为无限公司、有限责任公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司。



- (2) 依据一公司对另一公司的控制与依附关系,公司可分为母公司和子公司。
- (3) 依据公司的国籍不同,公司可分为本国公司和外国公司。
- (4) 依据公司的管辖关系,公司可分为总公司和分公司。

三、公司法的概念和适用范围

公司法是规定公司法律地位,调整公司组织关系,规范公司在设立、变更与终止过程中的组织行为的法律规范的总称。

我国《公司法》是随着我国社会主义市场经济体制不断完善而逐步成熟起来的。1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过了《中华人民共和国公司法》。同时,我国还颁布了一系列与其配套的法规和规章,如《公司登记管理条例》、《股票发行与交易暂行规定》等,它们共同构成我国的公司法规范体系。1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议根据《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》对《公司法》做了第一次修正。2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议对《公司法》进行了第二次修正。2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过了修订的《公司法》,新《公司法》从2006年1月1日起施行。

按照我国《公司法》规定:“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”。因此,在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司,适用本法规定。但在中国境内设立的外商投资的有限责任公司和股份有限公司,有关外商投资的法律另有规定的,适用其规定;若没有特别规定,适用本法规定。

第二节 有限责任公司



课堂案例

北京A公司、B公司与广东C公司准备成立一个有限责任公司,从事建筑材料的生产经营。其共建方案的要点为:该公司的注册资本为4 000万元人民币,其中A公司以土地使用权作价出资1 000万元;B公司以工业产权作价出资900万元,另出资人民币300万元;C公司以人民币出资1 800万元。

请根据各股东的出资情况,回答下列问题:

- (1) 这家公司的股东人数和主体资格是否符合公司法的规定?
- (2) A公司以土地使用权出资是否可以?
- (3) A公司以土地使用权出资, B公司以工业产权出资,要办理哪些手续?

一、有限责任公司的概念与特征

有限责任公司,是指依照公司法设立的,由一定人数的股东出资组成,股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。



有限责任公司具有以下法律特征：

(1) 公司股东责任的有限性。有限责任公司股东仅以其出资额为限对公司承担责任，而不直接对公司债权人负责。

(2) 公司资本的不等额性。有限责任公司的全部资本不必划分为等额股份，股东按协议确定出资比例，按出资比例享有权利、承担义务和风险，股东的股权表现形式是公司签发的出资证明书。

(3) 股东人数的限制性。有限责任公司对股东人数一般有限制，我国《公司法》规定，有限责任公司股东的最高人数为 50 人。

(4) 出资转让的限制性。《公司法》规定：“股东之间可以相互转让其全部或部分出资。股东向股东以外的人转让出资时，必须经全体股东过半数同意。”“经股东同意转让的出资，在同等条件下，其他股东对该出资有优先购买权。”

有限责任公司根据股东人数和性质不同，可分为一般有限责任公司、国有独资公司和一人有限责任公司。一般有限责任公司的股东人数在 2 人以上 50 人以下；国有独资公司的股东是国家；一人有限责任公司的股东为一人。

二、有限责任公司的设立

公司设立，是指为使公司成立，取得公司法人资格而依据法定程序进行的一系列法律行为的总称。

(一) 设立条件

根据《公司法》规定，设立有限责任公司应当具备下列条件：

(1) 股东符合法定人数。有限责任公司由 50 个以下股东共同出资设立。公司股东可以是自然人、法人或其他社会组织。有限责任公司的股东若为自然人，要有相应的民事权利能力；法律、法规禁止从事营利活动的人，不得成为有限责任公司的股东。

(2) 股东出资达到法定资本最低限额。法定资本是指公司向公司登记机关登记时，实缴的出资额，即经法定程序确认的资本。法定资本最低限额是指国家规定的设立公司所需资本的最低要求。《公司法》规定：一般有限责任公司的法定资本最低限额为人民币 3 万元，但一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 10 万元。特定行业的有限责任公司注册资本最低限额需要高于上述限额的，由法律、行政法规另行规定。

股东出资方式不限于货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权、知识产权、股权作价出资。其中货币出资的金额不得低于注册资本的 30%。同时《公司法》还规定：公司首次出资额不得低于注册资本的 20%，且不得低于法定注册资本的最低限额，其余部分由股东在 2 年内缴足，其中投资公司可以在 5 年内缴足。

(3) 股东共同制定公司章程。公司章程是关于公司组织及其活动的基本规章。有限责任公司的章程由股东共同制定，所有股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程包括以下两方面的内容。

① 法定内容，即《公司法》规定的公司章程应当载明的事项：

- a. 公司名称和住所；
- b. 公司经营范围；
- c. 公司注册资本；



- d. 股东的姓名或者名称;
- e. 股东的权利和义务;
- f. 股东的出资方式 and 出资额;
- g. 股东转让出资的条件;
- h. 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;
- i. 公司的法定代表人;
- g. 公司的解散事由与清算办法。

② 任意内容, 即股东认为需要规定的其他事项。

(4) 有公司名称, 建立符合有限责任公司要求的组织机构。

(5) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

(二) 设立程序

1. 订立公司章程和协议

股东设立公司必须先订立章程和协议, 将要设立的公司的基本情况以及各方面的权利义务加以明确规定, 这样既有利于有关部门审查、批准和登记, 也便于公司的规范运作。

2. 审批

并不是所有有限责任公司的设立均要经过行政审批, 大多数情况下, 只要不涉及法律、法规的特别要求, 直接注册登记就可。

3. 法人登记

股东的全部出资经法定的验资机构验资后, 由全体股东指定的代表或共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。申请设立登记时应提交公司登记申请书、公司章程、验资证明, 需要审批的, 还需提交有关部门的批准文件等。公司经核准登记, 领取公司营业执照后, 方告成立, 并取得法人资格。公司营业执照签发日期, 为有限责任公司成立的日期。

公司在登记注册后, 应当向股东签发由公司盖章的出资证明书。出资证明书是证明股东已缴纳出资额的文件。

三、有限责任公司的组织机构

(一) 有限责任公司的股东会

1. 股东

股东是公司的出资人。除国家有特别规定外, 有权代表国家投资的政府部门或机构、企业法人、具有法人资格的事业单位和社会团体、自然人, 均可以按照规定出资而成为有限责任公司的股东。

2. 股东会

股东会由全体股东组成, 是公司的最高权力机构。但国有独资公司、一人有限责任公司不设股东会。有限责任公司的股东会具有以下职权:

- (1) 决定公司的经营方针和投资计划;
- (2) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事, 决定有关董事、监事的报酬事项;
- (3) 审议批准董事会的报告;



- (4) 审议批准监事会或者监事的报告；
- (5) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (6) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (7) 对公司增加或者减少注册资本做出决议；
- (8) 对发行公司债券做出决议；
- (9) 对股东向股东以外的人转让出资做出决议；
- (10) 对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项做出决议；
- (11) 修改公司章程。

3. 股东会的形式

有限责任公司股东会会议的形式分为定期会议和临时会议两种。定期会议按照公司章程规定的时间召开。临时会议是在公司章程规定的会议时间以外召开的会议。临时会议只能由以下人员提议召开：代表 1/10 以上表决权的股东；1/3 以上的董事或者监事。

4. 股东会决议

有限责任公司的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。涉及增加或减少注册资本、公司的合并与分立、公司的解散与清算或变更公司形式、修改公司章程等事项的，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。股东会决议由股东按照出资比例行使表决权，但是公司章程另有规定的除外。

(二) 有限责任公司的董事会和经理

1. 董事会

董事会是公司股东会的执行机构。董事会由 3~13 人组成。两个以上的国有企业或者两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1~2 人。股东人数较少和规模较小的有限责任公司，可以设 1 名执行董事，不设董事会。

(1) 董事会的职权。董事会对股东会负责，行使下列职权：

- ① 负责召集股东会，并向股东会报告工作；
- ② 执行股东会的决议；
- ③ 决定公司的经营计划和投资方案；
- ④ 制定公司的年度财务预算方案、决算方案；
- ⑤ 制定公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- ⑥ 制定公司增加或者减少注册资本的方案；
- ⑦ 拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；
- ⑧ 决定公司内部管理机构的设置；

⑨ 聘任或者解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；

- ⑩ 制定公司的基本管理制度。

(2) 董事会的召开。董事会会议由董事长召集和主持；董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或者其他董事召集和主持。1/3 以上董事可以提议召开董事会会议。董事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的以外，由公司章程规定。



2. 经理

经理由董事会聘任，负责公司的日常经营管理工作。不设董事会的，执行董事可以兼任公司经理。经理行使下列职权：

- (1) 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；
- (2) 组织实施公司年度经营计划和投资方案；
- (3) 拟订公司内部管理机构设置方案；
- (4) 拟订公司的基本管理制度；
- (5) 制定公司的具体规章；
- (6) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；
- (7) 聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的管理人员；
- (8) 公司章程和董事会授予的其他职权。

(三) 有限责任公司的监事会

1. 监事会的组成

监事会是公司的内部监督机构。我国《公司法》规定，经营规模较大的有限责任公司，设立监事会，股东人数较少和经营规模较小的，可以只设 1~2 名监事。监事会成员不得少于 3 人，由股东代表和适当比例的公司职工代表组成。

2. 监事会的职权

根据有关规定，有限责任公司监事会的职权为：

- (1) 检查公司财务；
- (2) 对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；
- (3) 当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正；
- (4) 提议召开临时股东会；
- (5) 公司章程规定的其他职权。

监事列席董事会会议。

(四) 有限责任公司的董事、监事、经理的任职资格和职责

1. 公司董事、监事、经理的任职资格

有限责任公司的董事、监事、经理由自然人担任，可以是股东，也可以是非股东。为了保证公司负责人忠实履行职务维护公司利益，公司法对其任职资格有严格的限制性规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、经理职务：

- (1) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人；
- (2) 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，执行期满未逾 5 年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾 5 年；
- (3) 担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，并对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年；
- (4) 担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年；
- (5) 个人所负数额较大的债务到期未清偿。



公司违反以上规定选举、委派董事、监事或者聘任经理的，该选举、委派或者聘任无效。

此外，《公司法》还规定，有限责任公司的董事、经理及财务负责人不得兼任监事，国家公务员也不得兼任公司的董事、监事和经理。

2. 公司董事、监事、经理的责任

公司董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益；除依照法律规定或者经股东会同意外，不得泄露公司秘密；执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应承担赔偿责任。

四、一人有限责任公司的特别规定

一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或一个法人股东的有限责任公司。一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

1. 一人有限责任公司的注册资本和出资期限

一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 10 万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额，不允许分期缴付出资。一人有限责任公司章程由股东制定。

2. 自然人设立一人有限责任公司的限制

一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，禁止其设立多个一人有限责任公司，而且该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

3. 一人有限责任公司财务报告的社会审计

一人有限责任公司不设股东会。法律规定的股东会职权由股东行使，股东做出决定时，应当采用书面形式，并由股东签名后置备于公司。一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

4. 一人有限责任公司的股东对公司债务的连带责任

一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

五、国有独资公司的特别规定

国有独资公司是指国家单独出资，由国务院或地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资职责的有限责任公司。国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制定报国有资产监督管理机构批准。

（一）国有独资公司股东会职权的行使

国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增减注册资本和发行债券，必须由国有资产监督管理机构决定，其中重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

（二）国有独资公司的董事会和经理

国有独资公司设董事会，董事每届任期不得超过 3 年。董事会成员中应当有公司职工代表。

董事会成员由国有资产监督管理机构委派。但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

（三）国有独资公司的监事会

国有独资公司的监事会成员不得少于 5 人，其中职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派。但是，监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。

第三节 股份有限公司



课堂案例

A 股份有限公司 2003 年度有关事项如下：

（1）公司召开董事会，通过以下决议：

- ① 根据经理丙的提名解聘财务负责人甲；
- ② 决定发行公司债券，责成董事乙准备有关发行文件报送有关部门审批。

（2）公司经理丙将其持有的 A 公司股份转让给丁；丙还以 B 公司代理人的身份从事与 A 公司业务同类的营业活动。

根据上述情况，回答下列问题：

- （1）A 公司董事会通过的两项决议是否符合《公司法》的规定？说明理由。
- （2）经理丙将其持有的 A 公司股份转让给丁是否符合《公司法》的规定？说明理由。
- （3）公司经理丙能否以 B 公司代理人身份从事与 A 公司业务同类的营业活动？为什么？

一、股份有限公司的概念与特征

股份有限公司是指全部资本由等额股份构成并通过发行股票筹集资本，股东以其所认购股份对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。

股份有限公司具有以下法律特征：

- （1）股东责任的有限性，股东仅以其所持有的股份为限对公司承担责任；
- （2）募股集资的公开性，股份有限公司的股东没有最高人数限制，允许公司向社会公开发行股票，公开筹集资本，这就决定了股份有限公司股份募集的公开性；
- （3）股份转让的自由性，这与有限责任公司不同；
- （4）股份的等额性，为了便于股份募集、流通、转让以及股利分派、表决权行使的计算，股份有限公司的注册资本划分为若干股份，每股金额均等；



(5) 生产经营和财务公开, 由于股份有限公司的股东人数多, 流动频繁, 因此各国法律都要求股份公司应将其生产经营以及财务公开。

二、股份有限公司的设立

(一) 设立条件

根据《公司法》规定, 设立股份有限公司应当具备下列条件:

(1) 发起人符合法定人数。设立股份有限公司, 应当有 2 人以上 200 人以下发起人, 其中需有过半数的发起人在中国境内有住所。

(2) 发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定资本最低限额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 500 万元; 特定的行业从其相关规定。

全体发起人的货币出资金额不得低于注册资本的 30%。发起人可以用实物、知识产权、土地使用权等非货币财产作价出资, 但法律法规规定不得作为出资的财产除外。

股份有限公司注册资本超出法律法规规定的最低限额部分, 可以分期缴付。全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的 20%, 超出部分应当在公司设立之日起 2 年内缴足; 其中投资公司可以在 5 年内缴足。

(3) 股份发行、筹办事项符合法律规定。

(4) 发起人制定公司章程, 并经创立大会通过。

(5) 有公司名称, 建立符合股份有限公司要求的组织机构。

(6) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

(二) 设立方式

股份有限公司的设立方式分为发起设立和募集设立两种。发起设立是由公司发起人自己认购公司应发行的全部股份而成立公司。募集设立是由发起人认购公司应发行股份的一部分 (不少于总股份的 35%), 其余部分向社会公开募集而成立的公司。

股份有限公司的设立程序比较复杂, 本书不再赘述。

三、股份有限公司的组织机构

(一) 股东大会

股份有限公司的股东, 是指股份有限公司的股份持有人。自然人、法人、国家都可以依法成为股份有限公司的股东。股份有限公司的股东按其持有股份的份额对公司享有权利并承担相应的义务。

股东大会是由股份有限公司全体股东组成的、决定公司经营管理的重大事项的最高权力机构。股东大会分为两种: 股东年会和临时股东大会。股份有限公司股东大会的职权与有限责任公司股东会的职权基本相同, 唯一的差别是, 有限责任公司的股东向股东以外的人转让出资时, 需由股东会做出决议, 而在股份有限公司, 则可依法自由转让。

股东大会的职权通过做出决议行使。股东出席股东大会, 所持每一股份有一表决权。股东大会做出决议, 必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。股东大会对合并、分立或者解散做出决议及修改公司章程, 必须经出席股东大会的股东所持表决权的 2/3 以上通过。



（二）董事会和经理

股份有限公司董事会是公司股东大会的执行机构，对股东大会负责，由 5~19 人组成。设董事长 1 人，可以设副董事长 1~2 人。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

股份有限公司董事会的职权与有限责任公司董事会的职权基本相同。

股份有限公司董事会每年度至少召开两次会议，此外，董事会还可根据随时决定召开董事会会议。董事会会议由董事长召集并主持；董事长因特殊原因不能履行职权时，由董事长指定的副董事长召集主持。董事会开会时，董事应亲自出席；董事因故不能出席时，可以书面委托其他董事代为出席，但书面委托书中应载明授权范围。董事不得委托非董事的人参加董事会会议。

《公司法》还规定，股份有限公司董事会需由 1/2 以上的董事出席方可举行。董事会决议必须经全体董事的过半数通过。董事应当对董事会的决议承担责任。

经理负责公司的日常管理工作，由董事会聘任或者解聘。经理对董事会负责，其职权与有限责任公司经理的职权相同。

（三）监事会

监事会是负责对公司活动实施监督的机构，其组成和职权与有限责任公司监事会相同。

有关有限责任公司的法律规定中关于不得担任董事、经理、监事的规定以及董事、经理、监事的义务、责任的规定适用于股份有限公司的董事、经理、监事。

四、股份有限公司的股份发行和转让

（一）股份有限公司股份的概念与种类

股份有限公司的股份是指均分公司全部资本的、表示股东权利义务的最基本的计算单位。股份具有两种含义：一是公司资本的组成单位，是公司全部资本划分成的均等份额，全部股份金额的总和即为公司资本总额；二是指股东权利义务产生的根据，股东权利义务的大小取决于其拥有的股份数额。

股份有限公司签发的证明股东所持股份的凭证是股票。股份与股票有着密切的联系，股份是股票的实质内容，股票是股份的证券形式，股份在形式上表现为股票，股票是一种要式证券。

从不同的角度根据不同的标准，可对股份种类进行不同的划分。

（1）依股份所反映的股东权为标准可分为普通股与优先股。普通股是公司发行的无特别权利的股份，这是公司资本构成的基本股份。优先股是比普通股股东享有优先权的股份。

（2）依股票票面上是否标明股份金额为标准可分为面额股与无面额股。目前我国法律不允许发行无面额股票。

（3）依股票上是否记载有股东的姓名为标准可分为记名股与不记名股。根据规定，公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票，应当为记名股票；对社会公众发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

（4）依投资主体为标准又可分为国家股、法人股、个人股和外资股。



（二）股份有限公司股份的发行

股份的发行，是指股份有限公司通过法定方式向社会发行公司股份的行为。因为股份必须采取股票的形式，因而股份的发行实际上就是股份有限公司股票的发行。

1. 股份发行的原则

我国《公司法》规定，股份的发行，实行公开、公正、公平的原则，必须同股同权，同股同利。同次发行的股票，每股的发行条件和价格应当相同。任何单位或个人所认购的股份，每股应支付相同金额。

2. 股份发行的价格

股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。就是说股票可以平价发行，也可以溢价发行，但不得折价发行。

（三）股份有限公司股份的转让

股份的转让，是指股份所有人（股东）依一定程序将自己持有的股份出让给受让人，受让人因此取得股份并成为公司股东的行为。

我国《公司法》明确规定：“股东持有的股份可以依法转让。”但《公司法》又对股份的转让做如下限制：

（1）股份转让必须在依法设立的证券交易所进行。

（2）对于记名股票的转让，在股东大会召开前 30 日或者公司决定分配股利的基准日前 5 日内，不得进行股票转让的股东名册变更登记。

（3）国家授权投资的机构可以依法转让其持有的股份，可以购买其他股东持有的股份。转让或者购买股份的审批权限、管理办法，由法律、行政法规另行规定。

（4）发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。

（5）公司董事、经理、监事应当向公司申报持有的本公司股份，在任职期间内不得转让。

（6）公司不得收购本公司的股票，但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外，公司依照规定收购本公司的股票后，必须在 10 日内注销该部分股份，依法办理变更登记并公告。

（7）公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

第四节 公司的合并、分立、解散和清算

一、公司的合并和分立

（一）公司合并

公司合并是指两个以上公司依照法律程序变为一个公司的行为。

公司合并可分为吸收合并和新设合并。吸收合并是指一个公司吸收其他公司，被吸收的公司解散。新设合并是指两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自做



出合并决定之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

（二）公司分立

公司分立是指一个公司依照法律程序变为两个以上公司的行为。

公司分立，其财产做相应的分割。

公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自做出分立决定之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。

公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

二、公司的解散和清算

（一）公司解散

公司解散是指使公司丧失法人资格的法定原因已经产生，而应终止公司权利义务的行为。根据《公司法》规定，公司有下列情形之一的，可以解散：

- （1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
- （2）股东会或者股东大会决议解散；
- （3）因公司合并或者分立需要解散；
- （4）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
- （5）人民法院依法予以解散。

（二）公司清算

当公司解散事由出现时，应进行公司清算。其程序如下：

（1）成立清算组。公司依法解散的，应当在解散事由出现之日起 15 日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

（2）通知债权人并登记债权。清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权。

债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

（3）清算公司财产，制定清算方案。清算组应依法清算公司财产，并编制资产负债表及财产清单。然后制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。清算组在清理公司财产、编制资产负债表及财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。



(4) 分配剩余财产。公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金, 缴纳所欠税款, 清偿公司债务后的剩余财产, 有限责任公司按照股东的出资比例分配, 股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

(5) 申请注销公司登记。公司清算结束后, 清算组应当制作清算报告, 报股东会、股东大会或者人民法院确认, 并报送公司登记机关, 申请注销公司登记, 公告公司终止。

综合练习题四

一、选择题(有一个或多个正确答案)

1. 出资人之间承担无限连带责任的企业是()。
A. 独资企业 B. 合伙企业 C. 公司企业 D. 国有企业
2. 我国的公司是()。
A. 法人企业 B. 承担有限责任的企业
C. 非法人企业 D. 股权式企业
3. 我国许可设立的公司类型有()。
A. 有限责任公司 B. 无限责任公司
C. 两合公司 D. 股份两合公司
E. 股份有限公司
4. 股份有限公司法定组织机构有()。
A. 股东大会 B. 董事会
C. 职工代表大会 D. 监事会
5. 不能兼公司监事的有()。
A. 股东 B. 董事
C. 经理 D. 财务负责人
E. 其他财务人员
6. 我国的有限责任公司的法定股东人数为()。
A. 2个以上 B. 50个以下
C. 5个以上 D. 5~50个
7. 一人有限责任公司法定资本最低限额为人民币()。
A. 10万 B. 50万 C. 3万 D. 5万
8. 有限责任公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的(), 且不得低于法定资本的最低限额。
A. 10% B. 20% C. 30% D. 50%
9. 有限责任公司全体股东的货币出资金额不得低于注册资金的()。
A. 10% B. 20% C. 35% D. 30%



10. 有限责任公司关于增、减注册资本的决议须（ ）方有效。
 - A. 半数以上股东表决同意
 - B. 三分之二以上股东表决同意
 - C. 半数以上表决权的股东表决同意
 - D. 三分之二以上表决权的股东表决同意。
11. 有限责任公司的经营计划和投资方案由（ ）决定。
 - A. 股东会决
 - B. 董事会
 - C. 经理
 - D. 监事会
12. 由两个国有投资主体发起注资创办的公司应属（ ）。
 - A. 国有独资公司
 - B. 一般有限责任公司
 - C. 股份有限公司
 - D. 混合所有制企业
13. 我国股份有限公司法定资本最低额为人民币（ ）元。
 - A. 100 万
 - B. 500 万
 - C. 1 000 万
 - D. 5 000 万
14. 股份有限公司的权力机构为（ ）。
 - A. 股东大会
 - B. 董事会
 - C. 经理
 - D. 监事会
15. 募集设立的股份有限公司其发起人认购的股份额不得少于总股本的（ ）。
 - A. 20%
 - B. 35%
 - C. 25%
 - D. 45%
16. 股份有限公司设立的方式有（ ）。
 - A. 发起设立
 - B. 登记设立
 - C. 募集设立
 - D. 许可设立
17. 股份有限公司的股份，（ ）。
 - A. 是公司资本的基本构成单位
 - B. 是划分股东权利义务的基本构成单位
 - C. 其表现形式是股票
 - D. 不能抽回但可依法转让
18. 股票（ ）。
 - A. 是股份有限公司股份的表现形式
 - B. 可划分为记名股票和无记名股票
 - C. 是有限责任公司向股东签发的证明其所持股份的凭证
 - D. 属有价证券
19. 国有独资公司属于我国《公司法》中规定的（ ）。
 - A. 无限公司
 - B. 股份有限公司
 - C. 两合公司
 - D. 有限责任公司

二、判断题（判断正误并改正）

1. 公司必定是法人企业。 ()
2. 公司的监督机构是公司的股东会或股东大会。 ()
3. 股东可以是自然人也可以是法人。 ()
4. 分公司是公司的分支机构，没有法人资格，不是独立的公司。 ()
5. 股份有限责任公司股东人数和规模小的可不设董事会，只设一名执行董事。 ()
6. 股份有限公司的监事会由股东代表组成。 ()
7. 由国有投资主体注资创立的公司必属国有独资公司。 ()
8. 国有独资公司不设股东会，可由国家授权投资的机构或部门授权董事会行使股东会的部分职权。 ()



9. 在我国设立公司有最高注册资本的限制。 ()
10. 设立股份有限公司的条件之一是股东符合法定人数。 ()
11. 股票可以溢价发行,但不能低于票面价格发行。 ()
12. 股份有限公司发起人认购的股份不得超过股份总数的 35%。 ()
13. 股东出席股东大会,每一股东享有一票表决权。 ()
14. 我国公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票既可以是记名的股票也可以是无记名股票。 ()
15. 新股发行是指公司在设立过程中发行股份。 ()
16. 有限责任公司可以采用募集设立方式。 ()

三、案例分析题

1. 吴明和宋锐各出资 15 万元创办的从事商业零售的有限公司,最近两年因经营管理不善严重亏损,被申请破产。公司现有财产估计约 15 万元,负责约 25 万元,资不抵债约 10 万元。现吴明和宋锐个人的银行存款分别有近 10 万和 18 万。

请问:能不能用宋、吴两人的个人存款来偿还公司所欠债务,为什么?

2. 梁发和林大勇各出资 10 万元合伙开了一间服装厂(属于合伙企业),近期因经营管理不善而关闭。尚欠某布料批发商货款 6 万元未还。该批发商现已证实梁发有个人存款 8 万元,林大勇目前经济较困难。

请问:该布料批发商要求梁发以个人存款偿还服装厂所欠的 6 万元货款有没有法律依据,为什么?该 6 万元货款依法该如何处理?

3. 张某与 A 企业协商,决定共同投资设立一家有限责任公司 B,注册资本为 100 万元,其中 A 企业出资现金 70 万元,张某以其劳务作价出资 30 万元,双方对公司债务承担无限责任。B 公司设股东会、董事会和 2 名监事,以董事会为公司的权力机构。张某向工商部门申请登记时被拒绝。

请问:为什么工商部门拒绝为其登记?

第五章 合同法律制度



学习目标

通过本章的学习，要求了解合同、合同法的概念，充分理解合同法的基本原则，熟悉合同的订立过程及其内容，掌握合同履行、变更、转让和终止的基本制度，理解并掌握合同效力的有关规定以及违约责任的承担问题，学会分析有关合同纠纷的简单案例。

第一节 合同和合同法概述

一、合同的概念

合同又称契约，在我国法律意义上所讲合同是指平等主体的当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。要准确领会这一概念的含义，必须明确以下几个方面：

首先，合同是一种协议，所谓协议是两个或两个以上的当事人意思表示一致的双方或多方行为。只有一方，不可能有协议。

其次，合同是平等主体的当事人之间的协议。所谓平等主体是指当事人之间不存在隶属关系，或者虽存在隶属关系的因素但不因此对当事人的意愿产生影响。所谓隶属关系即上下级关系，领导与被领导关系，管理与被管理关系，命令与服从关系。因此也可以说合同是一种不受隶属关系影响的协议，当事人因受隶属关系的影响而达成的协议不属于一般法律意义上所讲的合同。比如：上下级政府机构之间所订立的有关综合治理、计划生育、环境保护等方面的协议。政府部门与公民、法人之间订立的财政拨款、征用、征购等方面的协议。

再次，合同是一种主要以财产关系（债权、债务关系）为内容的协议。合同内容表现为当事人之间的债权和债务。设立、变更、终止有关身份方面（包括婚姻、收养、监护等方面）的协议不属于一般法律意义上所讲的合同，如婚约、离婚协议书、结婚证、收养协议书、监护协议等。

二、我国合同法的概念

从广义上讲，我国的合同法是指我国用于调整合同关系的法律规范的总称。它包括我国现行法中所有有关合同的条文、条款，主要有：

（1）合同法典。1999年3月15日通过，1999年10月1日起生效的《中华人民共和国合同法》是调整我国合同关系的基本法律文本，是我国合同法的基本构成部分。狭义上的合同法仅指此法。



(2) 其他法律文件中有关合同的规定。这是我国合同法不可缺少的组成部分。如《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国商标法》等法律文件都有一些关于合同的法律条款。

(3) 全国人大和最高人民法院有关合同的立法解释和司法解释的文件。

(4) 国务院及其管理合同的主管机关有关合同的行政法规及规章。

三、我国合同主体的范围

合同主体是指享受合同权利和承担合同义务的当事人。在我国作为合同主体的当事人可以是：

(1) 自然人，包括中国公民，外国公民以及无国籍人士，由公民创办的个体经营单位，其法律属性也属于自然人。

(2) 法人，包括中国法人和外国法人。

(3) 其他组织，指没有法人资格的社会组织，如个人独资企业、个人合伙企业、法人的分支机构、法人的合伙企业等。

但无论自然人、法人还是其他社会组织作为合同的主体都应当具有相应的民事权利能力和行为能力。

四、我国合同法的基本原则

(一) 平等原则

平等原则是指合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。这项原则要求当事人在订立合同、履行合同、承担合同责任时的法律地位平等。

(二) 自愿原则

自愿原则又称意思自治原则，是指当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位或个人不得非法干预。

(三) 公平原则

公平原则是指当事人应当遵循公平的原则确定各方的义务。

(四) 诚实信用原则

诚实信用原则是指当事人在行使权力、履行义务时，应该诚实、守信用，以善意的方式履行其义务，不得滥用权利及规避法律或合同规定的义务。

(五) 遵守法律和公共秩序原则

遵守法律和公共秩序原则是指当事人订立、履行合同时，应当遵守国家法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

五、合同的分类

合同的分类是指采用特定的标准将合同加以区别和划分。我国《合同法》根据合同的适用



范围,规定了十五大类合同:买卖合同;供用电、水、气、热力合同;赠与合同;借款合同;租赁合同;融资租赁合同;承揽合同;建设工程合同;运输合同;技术合同;保管合同;仓储合同;委托合同;行纪合同;居间合同。

此外,还有其他法律规定的有名合同,如保险合同、担保合同等,对法律没有明文规定的无名合同,均适用《合同法》总则的规定,并可以参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。

第二节 合同的订立

所谓合同的订立,是指两个或两个以上的当事人,依法就合同的主要条款经过协商一致,达成协议的法律行为。在人们的实际生活中,订立合同的行为是人们社会交往、协作劳动、从事商品交换以实现自己实际目的的最主要和最重要的法律手段。

一、合同的形式



课堂案例

小王租了一间平房,租期为1年。1年期满后,小王继续居住并支付租金,房东也没有表示异议。请分析小王和房东之间是否仍存在合同关系?

合同的形式,又称合同的方式,是指当事人订立合同所采取的意思表示的形式,即协议的形式。在我国,合同形式主要有书面、口头和其他三种。

(一) 书面形式

书面形式是指以文字表现当事人所订立合同的形式,包括合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。我国《合同法》明确规定:“法律、法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”书面形式是我国合同的主要形式。其优点在于双方的权利、义务记载清楚,便于履行,发生纠纷时容易举证。

(二) 口头形式

口头形式是指当事人用口头语言的方式订立合同。口头形式具有简便易行的优点,尤其是对即时清结的合同最为适合,其缺点是发生合同纠纷时难于举证,不易分清责任。

(三) 其他形式

其他形式是指书面形式、口头形式以外的合同形式,主要包括推定形式和默示形式。所谓推定形式,是指当事人并不直接用书面或口头方式进行意思表示,而是通过实施某种行为来表示。所谓默示形式,是指当事人采用沉默不语的方式进行意思表示。



二、合同的内容（主要条款）

（一）合同一般应具备的条款

合同的内容即合同的条款，是合同权利义务的具体规定。《合同法》对合同的内容采用了“一般包括以下条款”的提法，只起到示范性的作用，并不将其作为合同成立必须具备的条件。《合同法》规定，合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

（1）当事人的名称或者姓名和住所。

（2）标的。即合同当事人权利义务指向的对象。不同的合同标的不同。合同的标的可划分为以下几种。

① 有形财产：我国法律允许流通的有形物，包括货币和有价证券，我国法律不允许流通的有形财产不能成为合同标的。

② 无形财产：我国法律允许流通，不以实物形态存在的智力成果，如商标、专利、著作权、技术秘密等。

③ 劳务：指不以有形财产体现其成果的劳动与服务，如运输服务、保管服务、代理、居间、行纪等行为。

（3）数量。有形财产的数量是指单位个数、体积、长度、容量、重量等；对无形财产，数量是个数、件数、字数以及使用范围等多种量度的方法。

（4）质量。质量条款包括标的名称、品种、规格、等级、标准、技术要求等。

（5）价款或报酬。一方当事人向对方当事人所付的，以货币作为支付的代价，如货款、租金、本金、本金和利息、运输保管费、工程款、勘察设计费等。

（6）履行期限、地点和方式。

① 履行期限是合同中规定的当事人履行自己义务的时间界限。

② 履行地点是指当事人履行合同义务和对方接受履行的地点。

③ 履行方式是指当事人履行合同义务的具体做法，如一次性履行、分期分批履行，运输方式、支付或结算方式。

（7）违约责任。违约责任是当事人不履行或者不适当履行合同规定的义务所应承担的法律责任。

（8）解决争议的方法。当事人在合同订立、履行过程中发生争议如何解决，最好能在合同中订明，以便于合同争议的管辖和尽快解决。

（二）格式条款

格式条款，是指当事人因重复使用而预先拟订的，并在订立合同时未与对方协商的条款。在日常生活中，格式条款都表现为一方具有绝对的经济优势地位，使其可以将预定的合同条款强加于对方，对于对方而言，只有接受或不接受的选择，无其他选择。我国《合同法》对处于弱势的一方给予特殊的保护，以调整这种不平等。主要体现在以下几个方面：

（1）提供格式合同的当事人应遵循公平原则确定当事人之间的权利。

（2）格式合同的使用者有提示或说明的义务。提供格式条款的一方应采取合理的方式提请对方注意免责条款或者限制其责任的条款，按照对方的要求对该条款予以说明。说明的内容应



包括：该条款的基本含义；该条款的存在给对方带来风险和负担的大小及其可能性。

(3) 免责条款的无效。根据《合同法》规定，格式条款凡是具备合同绝对无效条件之一的，一律无效；凡是规定造成对方人身伤害而予以免责的，规定因故意或重大过失给对方造成财产损失而予以免责的条款的，一律无效；凡是免除提供格式条款一方当事人主要义务、排除对方当事人主要权利的，一律无效。

(4) 歧义不利于表意者解释的原则。对格式条款的理解发生争议，应当按照通常的理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。

(5) 约定条款优先原则。格式条款与约定条款不一致时，应当采用约定条款。

三、订立合同的程序



课堂案例

甲公司向乙公司发出要约，称对方如同意该要约条件，请在10日内予以答复，否则将另找别家公司签约。第3日正当乙公司准备回函同意要约时，甲公司又发一函，称前述要约作废，已与别家公司签订合同。乙公司认为10日尚未届满，要约仍然有效，自己同意要约条件，要求对方遵守要约。双方发生争议。

请分析：甲公司的要约是否生效，其要约能否撤回或撤销。

订立合同的程序，就是指订立合同的步骤和阶段。一般而言，订立合同要经过要约和承诺两个阶段。

(一) 要约

1. 要约的概念和构成要件

要约，也称订约提议，是希望和他人订立合同的意思表示。这是一方当事人向对方提出签订合同的建议和要求。发出要约的人称为要约人、诺言人、开价人或出价人。接受要约的人称为受要约人或受诺人。要约在不同情况下还可称之为发盘、出盘、开价、出价、发价或报价等。

要约应当符合下列要求：

(1) 内容具体、确定。即内容明确清晰，能让人推断出要约人订立合同的意图；具备足以使合同成立的主要条款，以便使受要约人同意接受时能够成立一个合同。

(2) 表明经受要约人承诺（即受要约人表示同意接受），要约人即受该意思表示约束。即从要约的内容中应能看出，只要受要约人同意要约人在要约中所做出的表示（所许下的条件），要约人将遵守自己诺言。在要约的有效期内，要约人不得擅自撤回要约或变更要约的内容。也就是说，如对方接受要约，合同即告成立。

例如，某电视机厂家向某电器商场寄发了一封信函，函称：本厂新投产的电视机（具体情况见所附新产品说明书）已经开始投放市场，现定20台以上的批量价格为每台3500元，5天内保证供应100台。则该函应断定为某电视机厂家向某商场发出的要约。

2. 要约与要约邀请的区别

要约邀请又称要约引诱，是指一方希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请与要约



不同,实践中要注意区别。要约是以订立合同为目的的法律行为,一经发出就会产生一定的法律效果;要约邀请的目的则是让他人向自己发出要约,本身不具有法律意义,不受所发邀请的约束。要约内容要明确具体;要约邀请的内容则不受此约束。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书等都是要约邀请。商业广告,视其内容确定是要约还是要约邀请,若内容符合要约规定条件的,则视为要约,否则是要约邀请。

例如,上述案例,该信件中附有该厂生产的一种新产品的说明书并在信中称:该种电视机的价格约3 400元,有意者请来函或来人协商。由此我们应断定该信函为某电视机厂家向某电器商场发出的要约邀请。

3. 要约生效的时间

要约生效是指要约开始对要约人产生法律上的约束力,要约人必须遵守自己在要约中所作的表示。要约生效的时间关系到要约何时对要约人产生约束力,也涉及承诺的期限问题。我国《合同法》规定:“要约到达受要约人时生效。”因要约的送达方式不同,其“到达”的时间界定也不同。采用数据电文的形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。需要注意的是,要约到达受要约人,并不是指要约一定实际送达到受要约人或者其代理人手中,要约只要送达到受要约人通常的地址、住所或者能够控制的地方(如信箱、单位传达室等)即为送达。

4. 要约的撤回

要约撤回,是指要约人在发出要约后、要约生效前,使要约不发生法律效力的意思表示。法律规定要约可以撤回,由于要约在到达受要约人时即生效,因此撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

5. 要约的撤销和不得撤销

要约撤销是指要约人在要约生效后,使要约丧失法律效力的意思表示。也就是说,要约已经到达受要约人,在受要约人做出承诺之前,要约人可以撤销要约。《合同法》规定,撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。由于撤销要约可能会给受要约人带来不利的影响,损害受要约人的利益,法律规定了两种不得撤销要约的情形:

- (1) 要约人确定了承诺期限或者以其他形式表明要约不可撤销;
- (2) 受要约人有理由认为要约不可撤销,并已经为履行合作做了准备工作。

6. 要约的失效

要约的失效是指要约丧失法律效力,即要约人不再受其约束,受要约人也终止了承诺的权利。《合同法》规定了要约失效的情形:

- (1) 拒绝要约的通知到达要约人;
- (2) 要约人依法撤销要约;
- (3) 承诺期限届满,受要约人未作承诺;
- (4) 受要约人对要约的内容做出实质性变更。



（二）承诺



课堂案例

甲公司于2004年3月1日给乙公司发出电报称：“现有当年产玉米50吨，每吨1 000元，如贵方需购，望于接到电报之日起1周内回复为盼”。3月3日乙公司给甲公司复电称：“接受贵方条件，但希望以每吨950元成交”。

请问：（1）甲乙之间的合同关系是否成立，为什么？

（2）如果乙公司在3月10日复电给甲公司称：“完全接受贵方条件”，则甲乙之间的合同关系是否成立，为什么？

（3）如果乙公司在接到甲公司的电报后，于3月5日派人直接去付款提货时，甲公司已将这50吨玉米高价卖给了丙公司，甲公司是否需对乙公司承担责任？

1. 承诺的概念及必须具备的条件

承诺也称接受，是受要约人同意要约的意思表示，即受要约人接受要约人在要约中所提出的交易条件。承诺生效时合同成立。一项有效的承诺必须具备以下条件：

（1）承诺只能由受要约人做出。如由代理人做出承诺，则代理人必须有合法的委托手续。

（2）承诺只能向要约人做出。

（3）承诺的内容必须与要约保持一致。即要求没有在实质上改变要约的内容。如果受要约人的答复在内容上对要约做了实质性改变，则视为新要约（反要约、还价）。

（4）承诺必须在要约的有效期内做出。

不符合上述条件的，不能认为是承诺。

2. 承诺的期限

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定：

（1）要约以对话方式做出的，应当即时承诺，但当事人另有约定的除外。

（2）要约以非对话方式做出的，承诺应当在合理的期限内到达。

3. 承诺的方式

承诺的方式是指受要约人将自己承诺的意思表示（同意要约的意思）传达给要约人所采用的方式。承诺应当以通知的方式做出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为做出承诺的除外。

4. 承诺的生效

承诺生效即承诺产生法律上的约束力，它意味着受要约人同意要约人的要约，双方已取得一致，合同已经成立，双方不能随便反悔。

如有以下情形视为承诺生效：

（1）承诺的通知到达要约人。但如果受要约人撤回承诺的通知已先于或与承诺通知同时到达要约人的则承诺不生效。

（2）根据交易习惯或要约的要求可以以行为方式承诺的，则做出承诺行为时，承诺生效。



5. 承诺的撤回

承诺的撤回是指在承诺生效前受要约人为阻止承诺生效向要约人所做出的收回承诺的表示。法律规定，承诺也可以撤回。但撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或与承诺通知同时到达要约人。

6. 迟延承诺与传递迟延的承诺

(1) 受要约人超过承诺的有效期限发出的承诺称为迟延承诺，除非要约人及时通知受要约人该承诺有效外，应视为新要约。

(2) 受要约人在承诺有效期限内发出，正常情况下可在有效期限内到达要约人的，但因传递的原因而迟到的承诺称为传递迟延的承诺。传递迟延的承诺除非要约人及时通知受要约人，承诺超期不予接受外，视为有效承诺。

四、合同成立的时间和地点



课堂案例

甲公司向乙公司发出要约，称对方如同意其条件，可将答复意见发至其电子邮箱中。乙公司应约将承诺发至其电子邮箱中，即开始准备履行合同。但甲公司经办人因在外开会，一直未打开邮箱查看，致使甲公司以为乙公司未作承诺。1个月后，当乙公司要求甲公司履行合同义务时，甲公司称双方并未签订合同，甲公司没有履约义务。

请分析：甲公司与乙公司之间是否存在合同关系？

(一) 合同成立的时间

《合同法》规定：“承诺生效时合同成立。”合同订立的方式决定合同成立的时间。

(1) 采用口头形式订立合同的，自口头承诺生效时成立。

(2) 采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。当事人签字或者盖章的时间不一致的，应当以最后一方签字或者盖章的时间作为合同成立的时间。

(3) 采用信件、数据电文形式订立合同的，一方要求在合同成立之前签订确认书的，签订确认书时合同成立。

(4) 法定或约定采用书面形式订立合同的，当事人未采用书面形式，或者采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，一方已履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

(二) 合同成立的地点

合同成立的地点即承诺生效的地点。根据承诺的方式和承诺生效时间规定的不同，合同成立的地点也不同。

(1) 承诺需要通知的，要约人所在地为合同成立地。

(2) 承诺不需要通知的，受要约人根据交易习惯或者要约的要求做出承诺行为的地点为合同成立的地点。

(3) 采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

(4) 采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。



五、缔约过失责任



课堂案例

某年3月5日,甲公司给乙公司发出传真称:“本公司有一批盐酸欲出售,每吨5 000元。如贵公司有意购买,请速与本公司联系”。乙公司接到传真后,认为价格较合理,就向甲公司发出订单,订购盐酸100吨,总价款50万元,并请甲公司在3月30日前做出正式答复。但直到4月中旬,甲公司才发来传真,说盐酸已卖完,请谅解等。由于乙公司为准备购货款及仓库花去2万元费用,于是将甲公司起诉到法院,要求甲公司承担违约责任,赔偿其经济损失2万元。

请问:(1)乙公司能否要求甲公司对其承担违约责任,为什么?

(2)对于乙公司的2万元损失,甲公司应承担什么责任?为什么?

(一) 缔约过失责任的概念和特点

缔约过失责任是指在合同订立过程中,由于当事人一方实施了违背诚实信用原则的行为而应承担的损害赔偿责任。其具有以下特点:

- (1) 缔约过失责任发生在合同订立过程中;
- (2) 一方违背其依据诚实信用原则所应负的义务;
- (3) 造成他人利益的损失。

(二) 缔约过失责任的类型

(1) 假借订立合同,恶意进行磋商。主要指当事人一方违背诚实信用原则,以损害对方利益为目的,在根本无意与之签订合同的情况下,与对方谈判造成对方损失。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况。诚实信用原则要求订立合同时,当事人应提供真实的信息,如向对方陈述有关重要的事实,诚实守信,不得欺诈对方,否则要承担损害赔偿责任。

(3) 其他违背诚实信用原则的行为。

第三节 合同的效力



课堂案例

张某与某房地产公司签订房屋买卖合同,购买一套住房,但没有向房地产管理部门办理登记。半年后,该房地产公司将该套住房又卖给了刘某。为此,三方发生纠纷。

请分析:房地产公司分别与张某和刘某签订的房屋买卖合同是否有效,此案应如何处理?



合同的效力是指合同是否有效。有效合同对当事人具有法律约束力，国家法律予以保护；无效合同不具有法律约束力。《合同法》对合同的效力规定了4种情况：

- (1) 依法成立的合同是有效合同；
- (2) 无效合同；
- (3) 可撤销合同；
- (4) 效力待定合同。

一、合同的生效

合同的生效与合同的成立既有联系又有区别。合同的成立，是指当事人经过要约和承诺，意思表示一致而达成协议。合同的生效，是指已依法成立的合同，发生相应的法律效力。

《合同法》根据不同类型的合同规定了合同生效的时间，主要有以下4种情况：

- (1) 依法成立的合同，自成立时生效。这是一般情况下合同生效的时间。
- (2) 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的合同，在依照其规定办理批准、登记等手续后生效。如《担保法》规定，房屋抵押合同自办理登记手续之日起生效。
- (3) 当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。
- (4) 当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

二、无效合同

无效合同是指已经订立，但因违反法律、行政法规规定的成立与生效条件而不发生法律效力，不具有法律约束力的合同。合同的无效，分为合同的全部无效与合同的部分无效两种情况。

根据我国《合同法》的规定，有下列情形之一的，合同无效：

- (1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立的，损害国家利益的合同；
- (2) 恶意串通、损害国家利益、集体利益或者第三人利益；
- (3) 以合法的形式掩盖非法目的；
- (4) 损害社会公共利益的；
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定的。

此外，《合同法》还就免责条款的无效做出专门规定，规定合同中的下列免责条款无效：

- (1) 造成对方人身伤害的；
- (2) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

三、可撤销可变更的合同

可撤销可变更的合同是指因存在法定事由，合同一方当事人可请求人民法院或者仲裁机构撤销或者变更的合同。《合同法》规定，下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销或者变更：

- (1) 因重大误解订立的合同；
- (2) 在订立合同时显失公平的合同；



(3) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

以上合同在没有被撤销前是有效的,在被撤销后,合同自始没有法律约束力。对于可撤销或者可变更的合同,当事人应通过诉讼或仲裁的方式,请求人民法院或者仲裁机构予以撤销或者变更。当事人申请变更的人民法院或仲裁机构不得撤销。

另外,撤销权的行使是有时效和限制的。有下列情形之一的,撤销权消灭:

- (1) 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内没有行使撤销权;
- (2) 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

四、效力待定的合同

效力待定的合同是指合同欠缺有效要件,能否发生当事人预期的法律效力尚未确定,只有经过有权人的追认,才能化欠缺有效要件为符合有效要件,发生当事人预期的法律效力。有权人在一定期间内不予追认,合同归于无效。其表现主要有:

(1) 限制民事行为能力人所签订的同自身行为能力不相称的合同。该类合同除纯获利合同外需经法定代理人追认方有效。法定代理人未追认,相对人可以催促其在 1 个月内予以追认。1 个月内未作表示,视为拒绝,合同消灭。合同被追认前相对人有权撤销合同,但应以通知的形式做出。

(2) 一般情况下无权代理人签订的合同。该类合同经被代理人追认则有效。相对人可以催告被代理人在 1 个月内予以追认,被代理人不作表示视为拒绝追认。相对人在合同被追认前,有权撤销,但应以通知的方式做出。

(3) 无处分权的人处分他人财产的合同。该类合同经权利人追认或无处分权的人订立合同后取得处分权,则该合同有效。

五、无效合同、可撤销或变更合同的法律后果

无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效,不影响其他部分效力的其他部分仍然有效。合同无效、被撤销或者终止的,不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

第四节 合同的履行

一、合同履行的概念

合同的履行,是指合同生效后,双方当事人按照合同规定的各项条款,完成各自承担的义务和实现各自享受的权利,使双方当事人的合同目的得以实现的行为。

合同的履行是《合同法》法律约束力的首要表现。当事人应当按照约定全面履行自己的义



务。合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

二、合同履行的规则

（一）当事人就有关合同约定不明确时的确定规则

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。仍不能确定的，按下列规则确定：

（1）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（2）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（3）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（4）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（5）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（6）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

（二）执行政府定价或者政府指导价的合同的价格履行规则

执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

三、抗辩权的行使



课堂案例

某学校与某服装厂签订定做1 000套学生服的合同。双方约定在学校开学前5日钱货两清。服装厂如期完成定做任务后，学校却以资金困难为由，要求服装厂先提供服装，待开学向学生收取服装费后再结清货款。

请分析：在该案中，服装厂是否有权拒绝向学校交付服装？

根据《合同法》规定，在合同的履行中，当事人可享有同时履行抗辩权、后履行抗辩权和不安抗辩权。这些履行抗辩权的设置，使当事人在法定情况下可以对抗对方的请求权，使当事人的拒绝履行行为不构成违约，可以更好地维护当事人的合法权益。

（一）同时履行抗辩权

同时履行抗辩权，是指双务合同的当事人应同时履行义务的，一方在对方未履行前，有拒



绝对方请求自己履行合同的权利。《合同法》规定,当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行后要求。

(二) 后履行抗辩权

后履行抗辩权,是指双务合同中应先履行义务的一方当事人未履行时,对方当事人有拒绝对方请求履行的权利。《合同法》规定,当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行的,后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定时,后履行一方有权拒绝其履行要求。

(三) 不安抗辩权

不安抗辩权,是指双务合同中应先履行义务的一方当事人,有证据证明对方当事人不能或者可能不能履行合同义务时,在对方当事人未履行合同或就合同履行提供担保之前,暂时中止履行合同的权利。《合同法》规定,应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:

- (1) 经营状况严重恶化;
- (2) 转移财产、抽逃资金,以逃避债务;
- (3) 丧失商业信誉;
- (4) 有丧失或者可能履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的应当承担违约责任。

当事人行使不安抗辩权中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。

四、保全措施



课堂案例

甲与乙订有货物买卖合同,甲交付了货物,乙却因财务困难迟迟不向甲支付货款。据了解,乙借给丙一笔款项早已到期,但丙一直未向乙偿还本金和利息,乙也未向丙追索。

请分析:甲应如何保护自己的权益?

为防止因债务人的财产不当减少而给债权人的债权带来危害,法律允许债权人保全其债权的实现而采取的法律措施,称为合同的保全措施。保全措施包括代位权和撤销权两种。

(一) 债权人的代位权

代位权是指在债务人怠于行使其对第三人享有的到期权利且因此危及债权人债权时,债权人所享有的向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权的权利。

债权人以自己的名义行使代位权时,应通过人民法院,即向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权。债权人行使该项权利时应以债务人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担。但是,债权人对专属于债务人自身的债权不能行使代位权。



（二）债权人的撤销权

撤销权是指当债务人放弃对第三人到期债权，实施无偿转让或者以明显不合理的低价处分财产因而有害于债权人的债权时，债权人享有请求人民法院撤销债务人该种行为的权利。

撤销权的范围仅限于债权人的债权。债权人的撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起5年内未行使撤销权的该撤销权消灭。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

第五节 合同的担保

一、担保的概念和特征

（一）担保的概念

合同的担保，是指为保障合同债权的实现，由当事人双方依照法律规定，经过协商一致而设定的法律措施。

（二）担保的特征

设定担保的根本目的是保证合同的切实履行，既保障合同债权人实现其债权，也促使合同债务人履行其债务。合同的担保具有以下特征：

（1）担保具有从属性。担保以主合同的成立为前提，随主合同的消灭而消灭，主合同无效，担保合同也无效。

（2）担保具有预防性。当主合同的当事人不履行或者不完全履行合同规定的义务时，担保关系的义务人便依约定的担保措施承担法律责任。

（3）担保具有补充性。担保对债权人权利现仅具有补充作用，一般只有在所担保的债务得不到履行时，才行使担保权利。

我国《担保法》设定了5种担保方式，即保证、抵押、质押、留置和定金。

二、保证



课堂案例

某市在招商引资过程中，由市政府出面，甲企业与某境外企业达成一笔1 000万美元的合同。在该境外企业的要求下，该市政府为合同做了担保。

请分析：该市政府为合同做担保的行为是否符合法律规定，该担保合同是否有效？

（一）保证的概念

保证是第三人和债权人约定，当债务人不履行债务时，该第三人按照约定履行债务或者承担责任的担保方式。这里的第三人称为保证人；债权人既是主合同主债的债权人，又是保证合



同中的债权人：“按照约定履行债务或者承担责任”称为保证责任。

（二）保证人

保证人是指具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民。但不是所有具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民都可以作为保证人。《担保法》明确规定：

（1）国家机关不得作为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际组织贷款进行转贷的除外。

（2）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得作为保证人。

（3）企业法人的分支机构、职能部门不得作为保证人。但如果企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

（4）任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证；银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为，有权拒绝。

（三）保证合同

保证合同，是指保证人与债权人订立的在主债务人不履行其债务时，由保证人承担保证责任的协议。我国《担保法》规定，保证合同必须采用书面形式订立。

保证合同具有以下内容：

- （1）被保证的主债权种类、数额；
- （2）债务人履行债务的期限；
- （3）保证的方式；
- （4）保证担保的范围；
- （5）保证的期间；
- （6）双方认为需要约定的其他事项。

（四）保证方式

1. 一般保证

一般保证，是指当事人在保证合同中给定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证。

2. 连带责任保证

连带责任保证，是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

（五）保证责任

保证责任是指当债务人不履行债务时，保证人依据保证合同的约定所应承担的责任。保证责任通常有两种：保证人代替债务人履行债务；保证人负责赔偿损失。保证人承担保证责任



形式依保证合同的约定。保证人只对保证合同约定的保证期间内的保证事项承担责任。因此保证责任的确立，与保证期间和保证范围紧密相关。

1. 保证期间

保证人与债权人应在保证合同内约定保证期间。如果未约定保证期间，保证期间为主债务履行期届满之日起 6 个月，在此期间债权人可以要求保证人承担保证责任。

2. 保证责任范围

《担保法》规定：“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿和实现债权的费用。”保证合同当事人各方应当在合同中约定保证人担保的范围。如果当事人对保证担保的范围没有约定，或约定不明确，保证人应当对全部债务承担保证责任。

三、抵押



课堂案例

某企业以跑运输的卡车作抵押，向某银行申请贷款。由于经营不善，未能按期还款。
请分析：该银行是否有权以卡车折价或者以拍卖、变卖卡车的价款受偿？

（一）抵押和抵押物

1. 抵押的概念

所谓抵押，是指债务人或者第三人不转移对特定财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。其中的债务人或者第三人是抵押人。债权人是抵押权人，用来抵押的财产是抵押物。

2. 抵押的范围

根据《担保法》的规定，依法可以抵押的财产包括：

- （1）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；
- （2）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；
- （3）抵押人依法有权处分的国有土地的使用权、房屋和其他地上定着物；
- （4）抵押人依法有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产；
- （5）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；
- （6）依法可以抵押的其他财产。

根据我国法律规定，下列财产不得抵押：

- （1）土地所有权；
- （2）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权；
- （3）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位和社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- （4）所有权、使用权不明或有争议的财产；
- （5）依法被查封、扣押、监管的财产；



(6) 依法不能抵押的其他财产。

(二) 抵押合同和抵押物登记

抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。抵押合同应当包括以下内容：

- (1) 被担保的主债权种类、数额；
- (2) 债务人履行债务的期限；
- (3) 抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或使用权权属；
- (4) 抵押担保的范围；
- (5) 当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备上述规定内容的，可以补正。订立抵押合同时，抵押权人和抵押物在合同中不得约定在债务履行期限届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

《担保法》规定，以下列财产作抵押物时应进行登记。抵押合同自登记之日起生效：

(1) 以无地上定着物的土地使用权抵押的，应向核发土地使用权证书的土地管理部门办理登记；

(2) 以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，应向县级以上的地方人民政府规定的部门办理登记；

(3) 以林木抵押的，应向县级以上的林木主管部门办理登记；

(4) 以航空器、船舶、车辆抵押的，应向运输工具的登记部门办理登记；

(5) 以企业的设备和其他动产抵押的，应向财产所在地的工商行政管理部门办理登记。

当事人以上述五种财产以外的其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，这时，抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押登记的，不得对抗第三人。当事人如果办理抵押物登记，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

(三) 抵押的效力

1. 抵押担保的范围

抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实物抵押权的费用。抵押合同对此亦可另做约定。

2. 抵押物的转让

抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供担保的，不得转让抵押物。

3. 抵押权人的救济权利

在抵押期间，如果抵押人的行为足以使抵押物价值减少，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。如果抵押物价值减少，抵押权人的权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值的减少无过错的，抵押权人有权在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。



（四）抵押权的实现

抵押权的实现是指债务履行期届满抵押权人未受清偿的，抵押权人就抵押物受偿的行为。抵押权实现的基本条件有两个：须抵押权有效存在；须债务已届清偿期。这两个条件缺一不可，但是债务人解散或破产，提前清偿的除外。

抵押权可以通过拍卖、变卖抵押物或以抵押物折价等方法实现。究竟采用哪种方法，可以由抵押权人与抵押人协议决定，协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

四、质押

（一）质押的概念

质押是指债务人或者第三人将特定的动产或权利移交债权人占有，当债务人不履行债务时，债权人有权就其占有的财产优先受偿的担保。质押中的债权人称为质权人，债务人或第三人称为出质人，用做质押的财产称为质物。

（二）质押的形式

质押因质物的不同，可分为动产质押和权利质押两种。

1. 动产质押

（1）动产质押是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依法以该动产折价或者以拍卖、变卖的价款优先受偿。

（2）质押合同是指受益的债权人即质权人与出质人之间所订立的、确认相互之间担保权利义务关系的书面协议。质押合同自质物移交与质权人占有时生效。质押合同应当包括以下内容：

① 被担保的主债权种类、数额；

② 债务人履行债务的期限；

③ 质物的名称、数量、质量、状况；

④ 质物担保的范围：除非合同另有约定，包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和质物保管费用和实现质权的费用；

⑤ 质物移交的时间；

⑥ 当事人认为需要约定的其他事项。

（3）质权人的权利与义务。除非合同另有规定，质权人有权收取质物所生的孳息；当质物有损坏或者价值明显减少时，质权人有权要求出质人提供相应的担保。质权人的主要义务是妥善保管质物，否则，应承担民事责任；质权人的债权得到清偿时，应当返还质物。

2. 权利质押

（1）权利质押是指债务人或者第三人将其特定的权利凭证交付给债权人占有，作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权通过将该权利转让，以获取的价款优先受偿。

（2）权利质押的范围。《担保法》规定，下列权利可以质押：

① 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；

② 依法可以转让的股份、股票；

③ 依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权；

④ 依法可以质押的其他权利。



五、留置



课堂案例

甲委托乙为其保管一批原材料。保管期满，甲以资金周转紧张为由，要求暂缓交付保管费。乙便拒绝甲取走该批原材料，要求甲在3个月内履行债务，否则将该批原材料折抵保管费。

请分析：乙的行为是否符合法律规定？

（一）留置的概念

留置，是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，在债务人逾期不履行债务时，债权人有权依法留置该财产，以折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。债权人所享有的权利称为留置权，债权人因对留置物享有占有权而成为留置权人。留置权是一种法定担保形式。

（二）留置担保的适用范围

因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权；法律规定可以留置的其他合同，适用留置的规定。

留置担保范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用以及实现留置权的费用。

（三）留置权的成立条件

（1）留置的财产必须是债权人以合法方式占有的债务人的动产。

（2）留置的财产必须与债权人的债权有牵连关系。即债权人对动产的留置权与债务的产生是基于同一法律关系而发生的，如果动产与债权无关，则不能成立留置权。

（3）必须是债务已届清偿期。债务清偿期有约定的依约定，无约定的应依债权人发生的履行催告来确定。

（四）留置权人的权利和义务

1. 留置权人的权利

留置权人的权利包括：

（1）留置债务人的财产；

（2）通知债务人在法定期限（2个月以上的期限）或约定的期限内履行债务；

（3）债务人逾期不履行债务的，留置权人可以与债务人协议以留置物折价或依法拍卖、变卖；

（4）对折价、拍卖、变卖留置物的价款有优先受偿权，若价款不足以清偿债务，由债务人补足。



2. 留置权人的义务

留置权人的义务包括：

- (1) 妥善保管留置物，因保管不善致使留置物消失或毁损的，应负民事责任；
- (2) 返还留置物，在留置权所担保的债权消灭，或者债权虽未消灭，债务人另行提供担保时，债权人应当返还留置物给债务人；
- (3) 留置物折价或拍卖、变卖后所得价款超过债权数额的，超过部分应返还债务人。

(五) 留置权的实现

债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于 2 个月的期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行债务的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可依法拍卖、变卖留置物，留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

六、定金



课堂案例

甲与乙签订一标的额为 50 万元的合同，约定定金为 20 万元。乙一直未支付定金。后甲与乙因合同履行发生纠纷。乙要求甲以双倍返还定金的形式承担违约责任，甲拒绝。

请分析：定金合同是否成立，是否生效，定金数额的约定是否符合法律规定？

(一) 定金的概念

定金是指当事人在签订合同时约定一方向另一方支付一定的金钱作为履行合同的担保。合同履行后，该定金抵作价款或者由支付方收回。

(二) 定金合同

定金合同应当以书面形式订立，既可以单独订立，也可以作为主合同中的担保条款，但必须明确写明“定金”字样。定金合同的成立，不仅须有当事人的合意，而且要有定金的现实交付，具有实践性。故其生效期从支付定金之日起算起，无支付行为则合同不成立。在现实经济生活中，定金合同一般以在主合同中订立担保条款的形式出现。

(三) 定金数额的限制

我国《担保法》规定，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。超过部分不按定金处理。

(四) 定金的效力

当事人一方不履行合同或者拒绝履行合同时，适用定金罚则，即给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。



第六节 合同的变更、转让和终止

依法成立的合同受法律保护,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照合同约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。但合同订立之后,也可能发生一些当事人订立合同时未预料到的情况,影响到当事人订立合同目的的实现,需要依法进行调整,因此便出现了合同的变更、转让和终止。

一、合同的变更

合同的变更有广义和狭义之分。广义的合同变更包括合同内容的变更与合同当事人即主体的变更。合同主体的变更在《合同法》中称为合同的转让,所以在《合同法》中的合同变更仅指合同内容的变更。

合同是由当事人协商一致而订立的,经当事人协商一致,也可以变更合同。但法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,应依照其规定办理批准、登记等手续。为防止发生纠纷,当事人对合同变更的内容应作明确约定。变更内容约定不明确的,《合同法》规定,推定为未变更。

合同变更后,当事人应当按照变更后的合同履行。合同的变更,仅对变更后未履行的部分有效,对已履行的部分无溯及力。因合同的变更而使一方当事人受到经济损失的,受损一方可向另一方当事人要求损失赔偿。

二、合同的转让



课堂案例

甲公司欠乙公司20万元,乙公司欠丙公司20万元,于是乙公司与丙公司达成协议,把自己对甲公司的债权让与丙公司。

请分析:乙公司是否有权这样做,乙公司要怎样做才能使该协议发生效力?

合同的转让,即合同主体的变更,是指合同当事人一方将其合同的权利和义务全部或部分转让给第三人。

合同的转让一般由当事人自主决定,但法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。

(一) 合同权利转让

合同权利转让也称债权让与,是指不改变合同的内容,由债权人将合同权利的全部或者部分转让给第三人。转让债权的人称为让与人,受让债权的第三人称为受让人。合同权利全部转让的,受让人取代原债权人的地位,成为新的债权人,原债权人脱离合同关系。合同权利部分转让的,受让人作为第三人加入到合同关系中,与原债权人共同享有债权。债权人转让主权利时,附属于主权利的从权利也一并转让,受让人在取得债权时,也取得与债权有关的从权利,



但该从权利专属于债权人自身的除外。

除下列三种情形外，债权人均可自主决定让与债权：根据合同性质不得转让；根据当事人约定不得转让；依照法律规定不得转让。

债权人转让权利，不需要经债务人同意，但应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债务人接到债权转让通知后，债权让与行为就生效，债务人对让与人的抗辩可以向受让人主张。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

（二）合同义务转移

合同义务转移也称为债务承担，是指经债权人同意，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人。

《合同法》规定，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人，应当经债权人同意。这是因为新债务人的资信情况和偿还能力需得到债权人的认可，以免债权人的利益受到不利影响。债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

（三）合同权利义务的一并转让

在合同的转让中，除转让权利和转移义务外，还有合同权利和义务的一并转让，也称债权债务的概括转移，即合同一方当事人将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。这种转让又可分为合同承受和因当事人合并、分立发生的权利义务转让。

（1）合同承受。公司承受是指当事人一方经对方同意，将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

由于合同承受既有债权的让与，又有债务的承担，所以《合同法》规定转让方必须征得对方当事人的同意。

（2）因当事人合并、分立发生的权利和义务转让。对于当事人订立合同后发生合并的，法律规定，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。对于当事人订立合同后分立的，由于其资金、信用、履行能力很可能因分立而下降、减弱，构成对合同履行的潜在威胁，因此，《合同法》规定，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

三、合同的终止



课堂案例

甲公司与乙服装厂签订了一份服装买卖合同，合同的标的数量为5万套，单价为100元，合同约定甲公司于10月30日前向乙服装厂支付预付款100万元，服装厂要在12月1日前交付第一批服装2万套，12月10日甲公司支付乙服装厂款项200万元，在次年1月15日内乙服装厂交付服装3万套，甲公司在接到第二批服装后15日内将余款200万元付给乙服装厂。合同约定一旦双方出现纠纷，即提交仲裁委员会仲裁。合同按期履行，但到12月5日，乙服装厂突发火灾，将厂房、布料和部分设备烧毁。甲公司知道后，便停止向乙服装厂支付第二笔款



项。经乙服装厂交涉，甲公司同意：若乙厂在1月5日前恢复生产能力，甲公司将同意恢复对合同的履行，支付余下的全部款项。由于筹措资金困难，乙服装厂在1月15日才恢复生产，请求甲公司恢复履行合同，甲公司认为，由于服装销售季节性很强，这时再生产服装已错过了销售高峰期，很难卖得出去。于是通知对方解除合同，表示可以结清乙厂已交付服装的款项。乙服装厂经多次与甲公司协商未果，遂向人民法院起诉。

请问：（1）甲公司在得知乙服装厂因失火烧毁厂房、布料和大部分机器设备时即中止履行合同是否合法？为什么？

（2）乙服装厂于1月15日恢复生产能力，而甲公司却提出解除合同是否合法？为什么？

（3）乙服装厂在双方发生合同争议时向人民法院提起诉讼是否合法？为什么？

（4）本案应如何处理？并说明理由。

（一）合同终止的概念

合同的终止也称合同权利义务的终止，是指因发生法律规定或当事人约定的情况，使当事人之间的权利义务关系消灭，而使合同终止法律效力。

合同的终止与合同的变更和转让不同。合同终止后，权利义务关系不再存在；而合同变更或转让后，权利义务关系仍然存在。

合同的终止与合同中止履行也不同。合同中止履行，合同权利义务关系仍然存在，只是使权利义务关系暂时处于停止状态。

（二）合同终止的具体情形

合同的终止，主要有下列几种情形：

1. 债务已经按照约定履行

当事人双方为了一定的目的订立了合同，合同生效后，当事人即应当按照约定履行自己的义务。如果债务人完全履行了自己的义务，债权人实现了自己的全部权利，订立合同的目的已经实现，合同确立的权利义务关系自然就消灭了，合同因此终止。

2. 合同解除

合同解除，是指已成立生效的合同因发生法律规定或当事人约定的情况，或经当事人协商一致而使合同关系终止。

合同解除有两种情况：一是协议解除；二是法定解除。

（1）协议解除，是指当事人双方在合同成立后，未履行或者未完全履行之前，通过协商一致解除合同或者在订立合同时就约定了解除合同的条件，当条件成就时合同自然解除。

（2）法定解除，是指在合同成立后，未履行或者未完全履行之前，由于出现了法定解除情形，当事人一方行使法定解除权而使合同终止。

根据《合同法》的规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同。

① 因不可抗力致使不能实现合同目的；

② 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；



- ③ 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- ④ 当事人一方迟延履行主要债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- ⑤ 法律规定的其他情形。

当事人一方主张解除合同时，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

当事人解除合同，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的，应依照其规定办理。

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取补救措施，并有权要求赔偿损失。合同的权利义务的终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

3. 债务抵消

当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵消，但依照法律规定或者合同性质不得抵消的除外。当事人主张抵消的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵消不得附条件或者附期限。

当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵消。

4. 债务人依法将标的物提存

提存，是指由于债权人的原因，债务人无法向其交付合同标的物而将该标的物交给提存机关，从而消灭合同的制度。

《合同法》规定，有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

- (1) 债权人无正当理由拒绝受领；
- (2) 债权人下落不明；
- (3) 债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；
- (4) 法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得价款。

标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。标的物提存后，债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。债权人领取提存物的权利自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

5. 债的免除与混同

债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

债权和债务同归于一人，即债权债务混同时，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

6. 法律规定或者当事人约定终止的其他情形



第七节 违约责任



课堂案例

甲、乙两公司签订一份价值100万元的合同，甲公司支付给乙公司20万元定金，双方又约定违约金为合同标的额的30%。后甲方违约，导致乙公司损失15万元。乙公司要求甲公司承担违约责任，除定金不予返还外，还需支付违约金30万元，另外赔偿损失15万元。双方协商未果，诉至法院。

请分析：法院对乙公司的主张是否应予支持？

一、违约责任的概念和归责原则

（一）违约责任的概念

违约责任，是指合同当事人违反合同义务依法应承担的民事责任。违约责任以有效合同为前提。合同依法成立并生效后，当事人必须全面地履行合同规定的义务，并享有合同规定的权利。如果当事人没有遵循全面履行的原则，造成合同不履行或履行不符合约定的后果，就应当按约定或依法承担相应的民事责任。《合同法》规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

（二）违约责任的归责原则

违约责任的归责原则有两种：一种是过错责任原则；另一种是严格责任原则。过错责任原则是指一方违反合同的义务，不履行或不适当履行合同时，应以过错作为确定责任的要件和确定责任范围的依据。过错责任原则包括两层含义：过错是违约责任的构成要件，只有合同当事人不履行合同是基于自己的过错时才承担责任，当事人过错程度决定其应承担的责任范围。故意违反合同承担的责任较过失违反合同承担的责任要重。严格责任原则是指不论违约方主观上有无过错，只要其有不履行合同义务的行为，就应当承担违约责任。

从我国《合同法》的规定来看，已经确立违约责任主要以严格责任为归责原则，除非有法定的或约定的免责事由，只要当事人一方有违约行产，不管是否具有过错，都应当承担违约责任。但不可抗力导致不能履行合同的另有规定。

二、违约行为

违约行为即违反合同的行为，是指合同当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的行为。

（一）不履行合同义务

1. 不能履行

不能履行，又称给付不能，是指债务人由于某种情形，在客观上已经没有履行能力，导致



事实上已经不可能再履行债务。

2. 拒绝履行

拒绝履行是指当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务。拒绝履行与不能履行有着明显不同，前者强调当事人有履行能力而不履行，后者则主要强调客观上不能履行。《合同法》规定，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

（二）履行合同义务不符合约定

履行合同义务不符合约定，也称为不当履行，包括不履行合同义务以外的一切违反合同义务的情形。其构成要件是：

- （1）债务虽已履行，但履行没有完全按照债务的内容进行；
- （2）不当履行是债务人方面的原因引起的。

三、违约责任的种类

（一）继续履行

继续履行，也称强制履行或者强制实际履行，是指在当事人一方不履行合同时，同人民法院或者仲裁机构根据对方当事人的要求，强制违约方继续按合同规定的标的履行义务。此种情况多适用于标的物是特定的、必须履行的、不得替代履行的情况。

（二）支付违约金

违约金是指由法律规定合同约定的，在当事人一方不履行合同或履行合同不符合约定时，给付对方当事人的一定数额的货币。

违约金的数额是由当事人在合同中预先确定的。有两种确定方法：一是事先确定违约金的具体数额；二是确定违约金的计算方法。但约定的违约金数额应与不履行合同或履行合同不符合约定所造成的损失大致相当。如果约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以增加；如果约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少。同一合同中，既有定金条款，又有违约金条款的，只能由违约方选择行使，不能同时并用。

（三）赔偿损失

赔偿损失是指当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定，给对方造成损失时，应向对方支付的一定数额的货币。

一般来说，赔偿额的确定以违约方所造成的实际损失为依据。如果当事人约定了损失赔偿额计算方法，即按其约定的方法计算；如果当事人没有约定损失赔偿额的计算方法，则依据《合同法》第113条的规定处理，即损失赔偿额应相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

（四）承担侵权责任

因当事人的一方违约责任，侵害对方人身、财产权益的，受害方有权依法选择要求其承担



违约责任或承担侵权责任。实践中,经常会出现同一行为既表现为违约行为,又表现为侵权行为的情形,因而会产生责任竞合的问题。当事人既可以请求对方承担违约责任,也可以请求对方承担侵权责任,选择何种形式由受害方决定。但受害方不能提出双重要求。

(五) 采取补救措施

采取补救措施是指一方当事人违约后,为防止损失的发生或扩大,另一方要求违约方按照法定或约定采取退货、减少价款等措施以弥补或者减少另一方损失的责任形式。《合同法》规定,质量不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明的,如果不能达成补充协议,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

四、违约责任的免除

违约责任的免除,是指没有履行或者没有完全履行合同义务的当事人,依法可以免除承担的违约责任。合同当事人在履行合同过程中如遇不可抗力,根据该不可抗力的影响,得免除全部或部分的责任。

(一) 不可抗力的概念

所谓不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。这种客观情况既包括自然现象,如地震、水灾、雷击、海啸等;也包括社会现象,如战争、动乱、罢工等。具体免责范围如下:

(1) 全部免除合同不履行的责任,指不可抗力导致当事人无法履行合同的,免除全部责任;

(2) 部分免除合同不履行的责任,指不可抗力只是部分地影响当事人履行合同的,则只免除不可抗力因素所影响的部分责任;

(3) 免除合同当事人迟延履行责任,由于不可抗力的原因致使合同当事人无法在合同约定的履行期限内履行合同的,免除其迟延履行的责任。

(二) 因不可抗力不能履行合同一方的义务

合同当事人一方因不可抗力不能履行合同时,虽然可以免除履行的责任,但仍有义务减少损失,通知对方并提供证明。

1. 通知义务

不可抗力发生后,不能履行合同的一主当事人应及时通知对方,使对方能及时妥善处理合同得不到履行可能带来的问题,以减少损失。

2. 减少损失的义务

遇到不可抗力一方当事人应尽可能克服困难,努力清除不可抗力的影响,把给对方造成的损失减少到最低限度。

3. 证明的义务

当事人一方因不可抗力不能履行合同时,应当在合理的期限内提供证明。



综合练习题五

一、选择题（有一个或多个选项正确）

1. 我国《合同法》的原则基本有（ ）。
A. 平等原则和自愿原则 B. 公平原则
C. 诚信原则 D. 守法重德（公序良俗）原则
2. 据我国《合同法》，下列对“合同”的理解正确的有（ ）。
A. 合同是一种协议，是意思表示一致的双方或多方行为
B. 合同是一种不受隶属关系影响的协议，当事人法律地位具有平等性
C. 合同是一种主要以财产关系为内容的协议，有关身份方面的协议不属于我国一般法律意义上的合同
D. 合同以书面形式存在
3. 下列协议属于合同的有（ ）。
A. 《征地协议书》
B. 《收养协议书》
C. 某县政府与该县建筑公司签订的改造政府办公大楼的协议书
D. 集市上买卖农产品的口头协议
4. 在我国，作为合同的主体（当事人）可以是（ ）。
A. 自然人 B. 法人 C. 其他组织
5. 合同的形式有（ ）。
A. 书面形式 B. 口头形式 C. 其他形式
6. 合同一般包括的条款有（ ）。
A. 当事人的名称或者姓名和住所 B. 标的、数量、质量
C. 价款或者报酬 D. 履行期限地点和方式
E. 违约责任，解决争议的方法
7. 要约应符合的规定包括（ ）。
A. 内容具体确定
B. 内容具备合同一般应包括的条款
C. 表示经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束
D. 规定承诺的期限
8. 一般情况下，如果接到要约的一方不在规定的期限内答复，应视为对要约的（ ）。
A. 接受 B. 拒绝 C. 违约 D. 反要约
9. 某电视机厂家向某电器商场寄发了一封信函，该函件中附有一份该厂生产的新产品的详细说明书。函称：本厂新投产的电视机（具体情况如所附新产品说明书）已经开始投放市场，现定 20 台以上的批量价格为每台 1 500 元，5 天内保证供应 100 台。
该函为（ ）。
A. 要约 B. 要约邀请 C. 承诺 D. 上述都不是



10. 如果一方提议的内容不足以决定合同的主要条款,则该提议为()。

- A. 要约 B. 要约邀请 C. 承诺 D. 无效合同

11. 某电视机厂家向某电器商场寄发了一封信函,该函件中附有一份该厂生产的一种新产品的详细说明书。信中称:该种电视机的价格约每台1800元,有意者请来函或来人协商。

该函为()。

- A. 要约 B. 要约邀请 C. 承诺 D. 上述都不是

12. 某电器供销商在某有线电视频道做某种电器产品广告,广告词为:本产品数量有限,欲购从速。该广告词可视为供销商向他人或其他单位发出订立买卖该种电器合同的()。

- A. 要约 B. 要约邀请 C. 承诺 D. 上述都不是

13. 接上题,电器供销商对其发出的广告()。

- A. 应承担要约的法律责任 B. 就承担承诺的法律责任
C. 无须承担法律责任

14. 甲公司于2月5日发出了一封希望和乙公司订立合同的具体条件的信函,该函2月8日送达乙公司传达室。2月9日公司经理拆看了此函。2月10日乙公司发出表示接受甲公司条件的信函。2月13日甲公司收到乙公司的复函。甲公司向乙公司发出的信函为()。

- A. 要约 B. 要约邀请 C. 承诺 D. 上述都不是

15. 接上题,乙公司向甲公司的复函为()。

- A. 要约 B. 承诺
C. 反要约(新要约) D. 要约邀请

16. 接上题,本例要约生效的时间为()。

- A. 2月5日 B. 2月8日 C. 2月9日
D. 2月10日 E. 2月13日 G. ×

17. 接上题,本例承诺生效的时间为()。

- A. 2月9日 B. 2月10日 C. 2月13日 D. ×

18. 接上题,本例已经告诉我们()。

- A. 甲乙公司之间的合同关系于2月10日成立,成立地为乙公司所在地
B. 甲乙公司之间的合同关系于2月13日成立,成立地为甲公司所在地
C. 甲乙公司之间尚未建立起合同关系
D. 甲乙公司之间的合同关系于2月10日成立,成立地为甲公司所在地

19. 乙公司于4月5日收到了甲公司的电报,电报内容为:4月2日给贵公司所发要约函件作废。乙公司于4月6日才收到甲公司4月2日所发函件。这意味着()。

- A. 甲公司4月2日所发要约已于4月5日被撤回
B. 甲公司4月2日所发要约已于4月5日被撤销
C. 乙公司于4月6日所收到的A公司函件已成为不生效之要约
D. 乙公司于4月6日所收到的A公司的函件已成为失效之要约

20. M公司于4月6日收到了K公司于4月2日发来的要约信函,尚未做出答复。4月7日又收到了M公司发来的电报,内容为:4月2日所发函件作废。这意味()。

- A. K公司于4月2日所发的要约已于4月7日被撤回
B. K公司于4月2日所发的要约已于4月7日被撤销
C. M公司于4月6日所收到的K公司要约已于4月7日起失效



D. K公司于4月2日所发要约已于4月6日生效,故4月7日才送达的电报已无法改变要约已生效的事实

21. W公司于5月5日向J公司发出要求J公司在6天内做出答复的要约信件,5月20日才收到J公司表示承诺的信件,J公司的信件发信地的邮戳为5月9日,两地正常邮递时间为3天,由此应断定J公司的信件为()。

- A. 迟延承诺,除非W公司及时表示同意应视为新要约
- B. 传递迟延承诺,除非W公司及时表示不接受外,该承诺有效
- C. 传递迟延承诺,W公司若不做任何表示,即合同关系不成立
- D. 迟延承诺,W公司不做任何表示,即合同关系成立

22. 某轻工业进出口公司于春节前20天向某服装商场发来传真,告知了该公司刚进口了一批某外国公司生产的品牌西装,有服装样式,并许诺在5天内愿以每套5000元的价格保证供给200套。

(1) 该传真为()。

- A. 可撤销之要约
- B. 要约邀请
- C. 不可撤销之要约
- D. 承诺

(2) 若某服装商场于接到传真的第二天向对方也发回传真,内容为“若每套4800元的价格请即速送货150套,货到付款”,则此传真为()。

- A. 承诺
- B. 要约邀请
- C. (可以用行为直接承诺的)要约
- D. (只能以通知的方式进行承诺的)要约
- E. 对进出口公司原要约内容作出实质变更的新要约(反要约)

(3) 第三天进出口公司将150套进口名牌西装送到商场,这意味着()。

- A. 进出口公司与服装商场之间的买卖西装合同关系于货送到这时成立,成立地为服装商场所在地
- B. 如果商场拒绝收货或拒绝当即付款将构成违约
- C. 商场有权拒绝接受该批货,因进出口公司未以通知方式先予承诺
- D. 若商场能证实该批西装为假货,可行使同时履行抗辩权,拒付货款,并追究对方违约责任。

23. 甲知道乙有转让餐馆的意图,甲并不想购买该餐馆,但为了阻止乙将餐馆以80万元价格卖给竞争对手丙,假意与乙进行长时间的谈判,当丙买了另一家餐馆后,甲中断谈判,致使乙不得不以70万元的价格将餐馆转让。这种情况()。

- A. 依法甲应承担违约责任
- B. 依法甲应承担缔约过失责任
- C. 表明甲假借订立合同,恶意进行磋商
- D. 依法乙可以要求甲承担10万元的餐馆转让损失

24. 确保合同有效的条件应包括()。

- A. 合同主体合格即具有相应的行为能力
- B. 合同内容合法
- C. 意思表示真实



- D. 形式及程序合法
25. 行为主体有瑕疵（实际不够格），但可以认定为有效合同的有（ ）。
- A. 限制民事行为能力人订立的且同自身行为能力不相称的纯获利合同
- B. 表见代理合同
- C. 法定代表人超越权限，但对方当事人没理由而且也不知道其越权的情况下订立的合同
- D. 无处分权的人处分他人财产的合同
26. 因意思表示不真实而成为可变更或可撤销合同的有（ ）。
- A. 因重大误解订立的
- B. 一方以欺诈、胁迫的手段订立的且有损国家利益的
- C. 在订立合同时显失公平的
- D. 恶意串通损害国家、集体或第三人利益的
- E. 一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立
27. 属于效力待定的合同有（ ）。
- A. 一般无权代理合同
- B. 无处分权的人处分他人财产的合同
- C. 限制民事行为能力人订立的，且同自身行为能力不相称的非纯获利的合同
- D. 限制民事行为能力人订立的，且同自身行为能力不相称的纯获利合同
28. 下列属无效合同的情形有（ ）。
- A. 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益
- B. 恶意串通、损害国家、集体、第三人利益
- C. 以合法形式掩盖非法目的
- D. 损害社会公共利益
- E. 违反法律、行政法规的强制性规定
29. 合同的履行可以是（ ）。
- A. 当事人同时履行
- B. 当事人先后履行
- C. 由债务人向第三人履行
- D. 由第三人向债权人履行
30. 周末李伟和朋友到某酒店吃饭，点了一条鲜活石斑鱼，价格 63 元，是最主要一道菜品，随后还上了一碟小菜，一瓶啤酒。当鱼上桌后，李伟及朋友一吃就发现鱼肉明显变质，肯定所点的鱼被调换了。酒店负责人在事实面前也不敢否认，李伟因此在桌上放了 20 元钱，便怒气冲冲离开去了附近的另一家酒楼。在本例中（ ）。
- A. 李伟属于较合理的行使后履行抗辩权
- B. 李伟属于较合理的行使先履行抗辩权
- C. 李伟的行为构成违约，酒楼可以追究其违约责任
- D. 酒楼违反了全面履行和诚信履行原则，难辞其咎
31. 关于债权人的撤销权的表述正确的有（ ）。
- A. 撤销权的行使范围以债权人的债权为限
- B. 债权人行使撤销权的必要费用由债务人负担
- C. 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使
- D. 撤销权自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使，则该权利消灭



32. 合同转让可分为（ ）。
- A. 合同权利的转让 B. 合同义务的转让
- C. 合同权利和义务一并转让
33. 合同的权利义务终止的原因有（ ）。
- A. 履行 B. 解除 C. 抵消
- D. 提存 E. 免除 F. 混同
34. 合同的解除可分为（ ）。
- A. 协商解除
- B. 依原合同约定解除
- C. 法定解除
35. 某单位与运输部门订立一运输合同，运费总计 100 万元。该单位交付对方 20 万元定金作为合同的担保，双方又约定违约金以运费的 30% 计，后运输部门未按合同约定的期限履行合同，该单位有权要求对方承担违约责任，可选择对方（ ）。
- A. 双倍返还定金 40 万元：（20+20）
- B. 返还定金并支付违约金共计 50 万元：（20+30）
- C. 双倍返还定金和支付违约金共计 70 万元：（20+20+30）
- D. 返还定金并支付运费共计 120 万元：（20+100）
36. 违约责任的形式有（ ）。
- A. 继续履行 B. 采取补救措施
- C. 返还财产 D. 赔偿损失
37. 担保的形式有（ ）。
- A. 保证 B. 抵押 C. 质押
- D. 定金 E. 留置
38. 保证成立的条件包括（ ）。
- A. 保证人应当具有代为清偿债务的能力
- B. 保证人有承担保证责任的明确意思表示
- C. 保证合同采用书面形式且具备法定内容
- D. 保证合同应办理登记
39. 保证方式有（ ）。
- A. 一般保证 B. 特殊保证 C. 连带责任保
40. 抵押人可以是（ ）。
- A. 债权人 B. 债务人 C. 第三人
41. 属于可抵押的财产有（ ）。
- A. 抵押人所有的房屋和其他地上定着物
- B. 学校的教育设施
- C. 抵押人依法有处分权的国有土地使用权
- D. 抵押人所有的交通工具
42. 属于不可抵押的财产有（ ）。
- A. 医疗卫生设施 B. 所有权有争议的财产
- C. 抵押人所有的财产 D. 土地所有权

- ## 二、判断题（判断正误并改正）

- 93



7. 要约可以撤销,但撤销要约的通知应当在要约到达受要约人之前或同时到达受要约人。()
8. 受要约人拒绝要约的通知到达要约人,或者承诺期限届满,受要约人未做出承诺的,则要约失效。()
9. 承诺通知到达要约人时生效,但撤回承诺的通知先于承诺通知或与其同时到达的除外。()
10. 承诺只能撤回,无所谓撤销。()
11. 一般情况下承诺生效时合同成立,生效的地点为合同成立的地点。()
12. 合同无效,因该合同取得的财产,应当予以返还。()
13. 合同无效,当事人应根据过错的大小承担责任。()
14. 被撤销的合同从被撤销时起不再具有法律约束力。()
15. 以合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。()
16. 附生效条件的合同当事人不正当地促成条件成就的,应视为条件不成就。()
17. 当事人可以约定由第三人向债权人履行债务,第三人未履行债务或履行债务不符合约定的,债务人无须向债权人承担违约责任。()
18. 在双务合同中,应当同时履行的当事人在对方未能同时履行时所享有的拒绝自己先履行的权利称为不安抗辩权。()
19. 代位权是指在债务人怠于行使其对第三人到期债权时并且因此危及到债权人利益时,债权人所享有的向人民法院请求以债务人的名义代位行使债务人的债权的权利。()
20. 当事人协商一致,可以变更合同。()
21. 债权人转让合同权利无须债务人同意但应当通知债务人。()
22. 债务人转让合同义务给第三人的,无须债权人同意但当尽通知的义务。()
23. 承担违约责任一般遵循过错推定原则,违约责任的大小一般应遵循补偿实际损失为主的原则来确定。()
24. 在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的(即明示毁约或默示毁约的),对方当事人可解除合同并提前追究违约责任。()
25. 约定的违约金少于违约造成的损失、被违约方可以要求人民法院或者仲裁机构给予增加。()
26. 因不可抗力不能履行合同的,一般情况下可依法要求全部或部分免除责任。()
27. 当事人既约定违约金又约定定金的,一方违约时,违约方应受违约金和定金的双重惩罚。()
28. 当事人因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方并在合理期限内提供证明。()
29. 合同无效、被撤销或者终止的,合同中独立存在的有关解决争议的条款的效力也自然失效。()
30. 一般情况下,主合同无效,担保合同也无效。()
31. 当事人对保证方式没有约定的视为一般责任保证。()
32. 债权人许可债务人转让债务,没有征得保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。()
33. 债权人与债务人协议变更主合同未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。()



34. 连带责任保证未约定保证期限的,在主债务履行届满后六个月内,债权人未对保证人要求承担责任的,保证责任免除。 ()
35. 抵押物价值大于所担保的债权,可以再次担保,但不得超过其余款部分。 ()
36. 土地使用权、城市房地产抵押须办抵押登记。 ()
37. 抵押人转让已办理登记的抵押物,应通知抵押权人并告知受让人转让物已抵押的情况,否则,转让无效。 ()
38. 出质人在质权人因保管不善而致使质物毁损灭失时有权要求其承担民事责任。 ()
39. 质物的占有既是质权成立的要件,也是质权的存续要件。 ()
40. 定金的数额不得超过主合同标的的 30%。 ()
41. 预付款交付后,当事人不履行合同时不发生丧失或双倍返还的效力。 ()
42. 债权人留置财产后应当确定不少于三个月以上的债务履行期限。 ()
43. 留置权是以动产和不动产为标的的担保物权。 ()

三、案例分析题

1. 地产公司 A 与建筑公司 B 签订了一个地产项目合同,合同约定先由 B 公司完成土地的“三通一平”工作,然后地产公司 A 再注资 5 000 万元支付建筑公司 B 的土地平整费用和工程后期投资。合同签订后 B 公司开始施工,却调查发现地产公司 A 注册资金不足 1 000 万,且在不久前的一笔投资中因经营不善亏损了 1 000 余万, B 公司即停止了已开始的施工。地产公司 A 知道后以 B 公司违约为由向法院提起诉讼。

请问:本案中 B 公司不再履行合同约定义务的行为究竟属不属于违约?依法需不需要承担法律责任?为什么?

2. 位于甲市河东区的甲市建筑工程公司正在甲市河西区进行一个工程项目,因施工急需水泥,随向甲市市辖县 A 县“长兴”水泥厂和相临的乙市 B 县“太和”水泥厂发函。函件中称:“如贵厂有 600 号矿渣水泥袋装现货,吨价不超过 1 500 元,请于接到信函后 5 天内发货 200 吨到甲市河西区建设工地,货到付款。”。“太和”水泥厂接信后当天致电表示将依约办理,建筑工程公司回电表示同意。“长兴”水泥厂接到要货信函后备足货源,于接到信后第 3 天,将 200 吨 600 号袋装矿渣水泥直接送到河西区建设工地,这时工地已接收到“太和”水泥厂送来的 200 吨水泥,拒绝再验收“长兴”水泥厂送来的水泥,于是引起纠纷,“长兴”水泥厂诉到法院。

请问:

- (1) 可以受理这一案件的法院包括哪些?为什么?
- (2) 建筑工程公司与“长兴”水泥厂的购销合同关系是否成立,为什么?
- (3) 本案应如何判决?

3. 原甲公司业务员张某在火车上遇到与甲公司有长期业务关系的乙厂经理陈某,闲聊中张某得知乙厂正准备进行技术改造,需购置一台精密仪表。张某表示甲公司有这方面的业务关系,可以代为采购。双方达成协议。乙厂按规定时间向甲公司寄去预付款 10 万元人民币。但到合同约定的交货日期,甲公司却以张某在与乙厂签订合同时已是该公司下岗人员,没有该公司业务代理权为由,拒绝履行合同。乙厂却认为甲公司并没有把解除张某业务代理权的情况通知自己,且张某仍具有盖有甲公司合同专用章的空白合同书,自己没有过错。双方为此发生纠纷。经协商,甲公司同意在 15 日内履行合同,乙厂同意追加 1%的代理费。但 15 日后,甲公



司仍未能购到乙厂需要的仪表。乙厂催告甲公司因时间紧迫，只能再给 10 日的宽限期，届时仍不履行合同，将解除合同并追究责任。但期限过后，甲公司仍未购到乙厂急需精密仪表。乙厂为此损失 15 万元人民币。于是乙厂提出解除该合同，要求甲公司退还预付款，并赔偿损失。

根据上述事实，回答以下问题：

(1) 张某代表甲公司与乙厂签订的合同是否有效，为什么？

(2) 甲公司与乙厂就履行时间和代理费达成的协议是属于订立新的合同，还是属于原合同的变更，是否有效？为什么？

(3) 乙厂向甲公司提出解除合同、退还预付款并赔偿自己损失的要求，是否有法律依据？为什么？

4. 经营服装生意的个体户李某因伙同他人倒卖旧服装被工商机关查获，旧服装被没收，并罚款每人 1 万元。为了翻本，李某竭尽所有钱财去炒股票，钱几乎亏光，尚欠王某货款 2 万元已到期，但已经无支付能力。一天，王某又向李某催债，恰逢李某的亲戚找他还款，李某连忙将话岔开，进行掩饰。经王某了解，原来李某几年前做生意赚了不少钱，曾借给其亲戚 2 万元做生意，该亲戚看到李某现在面临困境，有意将钱还给他，但李某认为收回 2 万元也得还债，故让其亲戚暂不要还钱。因此王某仍未能讨回 2 万元。

假如你是王某，将如何依法保护自己的合法权益？并说明你的做法的法律依据。

第六章 会计法律制度



学习目标

通过对本章的学习，要求掌握会计核算、会计监督的内容和程序，明确会计机构和会计人员应承担的职责以及违反会计法的法律责任。

第一节 会计法概述



课堂案例

A公司是在B市设立的一家中外合资经营企业。2003年5月，A公司接到通知，B市财政局将对该公司会计工作情况进行检查。公司董事长兼总经理王某不以为然，认为作为中外合资经营企业，不受《会计法》的约束，财政部门无权对本公司进行检查。

请分析：王某的观点是否正确？

一、会计法的概念

会计法的概念有广义和狭义之分。广义的会计法是指调整会计关系的法律规范的总称，也就是国家制定的各种会计规范的总称。会计关系是会计机构和会计人员在办理会计事务过程中以及国家在管理会计工作过程中发生的经济关系，主要包括会计核算关系、会计监督关系、会计管理关系以及其他有关会计事务关系。狭义的会计法指全国人民代表大会常务委员会于1985年1月21日通过并经1993年、1999年两次修改的《中华人民共和国会计法》（以下简称《会计法》）。

二、会计法的适用范围

我国《会计法》第2条规定：“国家机关、社会团体、公司、企业、事业单位和其他组织（以下统称单位）必须依照本法办理会计事务。”可见，会计法适用的范围具有普遍性，包括国家机关、社会团体、公司、企业、事业单位和其他组织。



三、会计法的基本原则

会计法的基本原则是指在会计立法以及会计工作过程中必须遵守的基本原则。

（一）真实原则

会计工作应当严谨和具有科学性，会计核算要有依据，核算资料应真实可靠、准确完整，如实地反映客观事实。《会计法》总则规定，各单位必须依法设置会计账簿，并保证其真实、完整。而且特别强调了单位负责人的责任。

（二）合法原则

规范会计行为要求会计工作必须依法进行。会计核算及有关会计资料必须符合法律规定，会计工作应严格按照法律规定进行，以保证社会主义市场经济的合法有序。任何单位或个人不得以任何方式授意、指使、强令会计机构及会计人员伪造、变造会计凭证、会计账簿和其他会计资料，不得提供虚假财务会计报告。任何单位和个人不得伪造、变造会计凭证、会计账簿和其他会计资料，不得提供虚假的财务会计报告。

（三）统一原则

国家制定统一的会计制度，其他政府财政部门制定的会计制度不得与国家统一的会计制度相抵触。

四、会计管理体制

（一）统一领导和分级管理

《会计法》第7条规定：“国务院财政部门主管全国的会计工作。县级以上地方各级人民政府财政部门管理本行政区域的会计工作。”

会计工作的管理体制分为三个层次：一是国务院财政部门主管全国会计工作。二是县级以上地方各级人民政府财政部门管理本地区的会计工作。三是各单位负责人领导本单位的会计机构、会计人员和其他人员按《会计法》办事，保障会计人员依法行使职权，不受侵犯和打击报复并对本单位的会计工作和会计资料的真实性、完整性负责。

（二）制定会计制度的权限

会计制度是政府管理部门对处理会计事务做出的规章、准则、办法等规范性文件的总称，包括会计工作、会计核算、会计监督、会计人员、会计档案等内容。

根据《会计法》第8条的规定，国家实行统一的会计制度。国家统一的会计制度由国务院财政部门根据本法制定并公布。国务院有关部门可以依照本法和国家统一的会计制度制定会计核算和会计监督有特殊要求的行业实施国家统一的会计制度的具体办法或者补充规定，报国务院财政部门审核批准。中国人民解放军总后勤部可以依照本法和国家统一的会计制度制定军队实施国家统一的会计制度的具体办法，报国务院财政部门备案。



第二节 会计核算



课堂案例

某公司从外地购买了一批原材料，收到发票后与实际支付款项进行核对时发现发票金额错误，经办人员在原始凭证金额栏中进行了更改，并加盖了自己的印章，以此作为报销凭证。

请分析：上述公司做法有无不妥之处？

核算是会计的一项最基本的职能。它是指以货币为主要计量单位，对企业、事业、机关团体等单位的经济业务进行及时的、连续的、系统的记录、计算、分析、如实反映财务状况和经营成果，并据以编制会计报告等活动。

一、会计核算的内容

会计核算的内容是指那些在经济业务中必须进行的核算。《会计法》第 10 条规定，下列经济业务事项，应当办理会计手续、进行会计核算：

- (1) 款项和有价证券的收付；
- (2) 财物的收发、增减和使用；
- (3) 债权债务的发生和结算；
- (4) 资本、基金的增减；
- (5) 收入、支出、费用、成本的计算；
- (6) 财务成果的计算和处理；
- (7) 需要办理会计手续、进行会计核算的其他事项。

二、会计年度和记账本位币

会计年度是以年度为单位进行会计核算的时间区间。确定会计核算的时间周期，便于定期了解经营业务和业务活动的进行状况和结果，并据以制定今后的经营策略和目标。根据《会计法》第 11 条的规定：“会计年度自公历 1 月 1 日起至 12 月 31 日止。”每一会计年度具体划分为季度、月份，且季度和月份的起止日期都应和年度一样采取公历制。我国会计年度之所以采取公历制是为了和我国的财政年度保持一致，以便于实施国民经济的计划管理和财政预算管理。

记账本位币是会计核算上统一的货币。《会计法》第 12 条规定：“会计核算以人民币为记账本位币。业务收支以人民币以外的货币为主的单位，可以选定其中一种货币作为记账本位币，但是编报的财务会计报告应当折算为人民币。”



三、会计核算的要求

（一）对会计核算的基本要求

会计机构、会计人员依照《会计法》的规定进行会计核算，实行会计监督。各单位必须根据实际发生的经济业务事项进行会计核算，填制会计凭证，登记会计账簿，编制财务报告。任何单位不得以虚假的经济业务事项或者资料进行会计核算。

（二）对会计凭证的要求

会计凭证是指记录经济业务的发生和完成情况，明确经济责任，作为记账依据的书面凭证和记账凭证。会计凭证，必须符合国家统一的会计制度的规定。任何单位和个人不得伪造、变造会计凭证、会计账簿及其他会计资料，不得提供虚假的财务会计报告。

根据《会计法》第14条的规定，办理本法第10条所列的经济业务事项，必须填制或者取得原始凭证并及时送交会计机构。会计机构、会计人员必须按照国家统一的会计制度的规定对原始凭证进行审核，对不真实、不合法的原始凭证不予接受，并向单位负责人报告；对记载不准确、不完整的原始凭证予以退回，并要求按照国家统一的会计制度的规定更正、补充。原始凭证记载的各项内容均不得涂改；原始凭证有错误的，应当由出具单位重开或者更正，更正处应当加盖单位印章。原始凭证金额有错误的，应当由出具单位重开，不得在原始凭证上更正。记账凭证应当根据经过审核的原始凭证及有关资料编制。

（三）对会计账簿的要求

会计账簿，是指由一定格式的账面组成的，以会计凭证为依据，用来全面、系统、连续地记录各项经济业务的簿籍，简称账簿。反映有关经济业务的会计簿籍。会计账簿的相关要求如下：

（1）会计账簿登记，必须以经过审核的会计凭证为依据，并符合有关法律、行政法规和国家统一的会计制度的规定。

（2）各单位发生的各项经济业务事项应当统一核算，不得违反《会计法》和国家统一的会计制度的规定私设会计账簿进行登记、核算。

（3）各单位应当定期将会计账簿记录与实物、款项及有关资料相互核对，保证会计账簿记录与实物及款项的实有数额相符、会计账簿记录与会计凭证的有关内容相符、会计账簿之间相对应的记录相符、会计账簿记录与会计报表的有关内容相符。

（四）对财务会计报告的要求

财务会计报告是反映企业财务状况和经营成果的书面文件。财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书组成。

根据《会计法》的有关规定，对财务会计报告的要求如下：

（1）各单位采用的会计处理方法，前后各期应当一致，不得随意变更；确有必要变更的，应当按照国家统一的会计制度的规定变更，并将变更原因、情况及影响在财务会计报告中说明。

（2）单位提供的担保、未决诉讼等或有事项，应当按照国家统一的会计制度的规定，在财务会计报告中予以说明。



(3) 财务会计报告应当根据经过审核的会计账簿记录和有关资料编制,并符合本法和国家统一的会计制度关于财务会计报告的编制要求、提供对象和提供期限的规定;其他法律、行政法规另有规定的,从其规定。向不同的会计资料使用者提供的财务会计报告,其编制依据应当一致。有关法律、行政法规规定会计报表、会计报表附注和财务情况说明书需经注册会计师审计的,注册会计师及其所在的会计师事务所出具的审计报告应当随同财务会计报告一并提供。

(4) 财务会计报告应当由单位负责人和主管会计工作的负责人、会计机构负责人(会计主管人员)签名并盖章;设置总会计师的单位,还需由总会计师签名并盖章。单位负责人应当保证财务会计报告真实、完整。

(五) 会计记录的文字和会计档案的要求

会计记录的文字应当使用中文。在民族自治地方,会计记录可以同时使用当地通用的一种民族文字。在中华人民共和国境内的外商投资企业、外国企业和其他外国组织的会计记录可以同时使用一种外国文字。

各单位对会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料应当建立档案,妥善保管。会计档案的保管期限和销毁办法,由国务院财政部门会同有关部门制定。

(六) 公司、企业会计核算的特别规定

公司、企业进行会计核算,除应遵守会计核算的一般规定外,还应遵守以下特别规定。

(1) 公司、企业必须根据实际发生的经济业务事项,按照国家统一的会计制度的规定确认、计量和记录资产、负债、所有者权益、收入、费用、成本和利润。

(2) 公司、企业进行会计核算不得有下列行为:

- ① 随意改变资产、负债、所有者权益的确认标准或者计量方法,虚列、多列、不列或者少列资产、负债、所有者权益;
- ② 虚列或者隐瞒收入,推迟或者提前确认收入;
- ③ 随意改变费用、成本的确认标准或者计量方法,虚列、多列、不列或者少列费用、成本;
- ④ 随意调整利润的计算、分配方法,编造虚假利润或者隐瞒利润;
- ⑤ 违反国家统一的会计制度规定的其他行为。

四、会计电算化

会计电算化是以电子计算机为主,将当代电子和信息技术应用到会计工作中的简称,它主要是应用电子计算机代替人工记账、算账、报账,以及替代部分由大脑完成的对会计信息的处理、分析和判断的过程。目前我国已把电子计算机广泛应用到会计领域。通过电子计算机能使会计核算效率和会计工作质量大大提高,同时大大减轻了会计工作的强度,所以电子计算机在会计领域得到越来越广泛的使用。因而《会计法》第13条第2款对会计电算化也做出了要求:“使用电子计算机进行会计核算的,其软件及其生成的会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料,也必须符合国家统一的会计制度的规定。”为此,财政部门专门制定了《会计核算软件管理的几项规定(试行)》、《会计核算软件评审问题的补充规定(试行)》。



第三节 会计监督

会计监督是会计的基本职能之一，是我国经济监督体系的重要组成部分。加强会计监督是保证会计信息质量、发挥会计管理作用的必要措施。会计监督分为单位内部监督、国家监督和社会监督。单位内部监督是会计监督的基础。

一、单位内部监督

（一）单位内部会计监督制度的要求

各单位应当建立、健全本单位内部会计监督制度。单位内部会计监督制度应当符合下列要求：

- （1）记账人员与经济业务事项和会计事项的审批人员、经办人员、财物保管人员的职责权限应当明确，并相互分离、相互制约；
- （2）重大对外投资、资产处置、资金调度和其他重要经济业务事项的决策和执行的相互监督、相互制约程序应当明确；
- （3）财产清查的范围、期限和组织程序应当明确
- （4）对会计资料定期进行内部审计的办法和程序应当明确。

（二）单位负责人、会计机构、会计人员的责任

单位负责人应当保证会计机构、会计人员依法履行职责，不得授意、指使、强令会计机构、会计人员违法办理会计事项。

会计机构、会计人员对违反《会计法》和国家统一的会计制度规定的会计事项，有权拒绝办理或者按照职权予以纠正。

会计机构、会计人员发现会计账簿记录与实物、款项及有关资料不相符的，按照国家统一的会计制度的规定有权自行处理的，应当及时处理；无权处理的，应当立即向单位负责人报告，请求查明原因，做出处理。

二、国家监督

国家监督是指财政、审计、税务、人民银行、证券监督、保险监督等部门代表国家对各单位的财务会计工作实行监督。

财政部门对各单位的下列情况实施监督：

- （1）是否依法设置会计账簿；
- （2）会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料是否真实、完整；
- （3）会计核算是否符合《会计法》和国家统一的会计制度的规定；
- （4）从事会计工作的人员是否具备从业资格。

财政、审计、税务、人民银行、证券监督、保险监督等部门应当依照有关法律、行政法规规定的职责，对有关单位的会计资料实施监督检查。这些监督检查部门对有关单位的会计资料依法实施监督检查后，应当出具检查结论。有关监督检查部门已经做出的检查结论能够满足其他监督检查部门履行本部门职责需要的，其他监督检查部门应当加以利用，避免重复查账。各



单位必须依照有关法律、行政法规的规定，接受有关监督检查部门依法实施的监督检查，如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料及有关情况，不得拒绝、隐匿、谎报。

另外，依法对有关单位的会计资料实施监督检查的部门及其工作人员对在监督检查中知悉的国家秘密和商业秘密负有保密义务。

三、社会监督

有关法律、行政法规规定，须经注册会计师进行审核的单位，应当向受委托的会计师事务所如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料及有关情况。任何单位或者个人不得以任何方式要求或者示意注册会计师及其所在的会计师事务所出具不实或者不当的审计报告。

任何单位和个人对违反《会计法》和国家统一的会计制度规定的行为，有权检举。收到检举的部门有权处理的，应当依法按照职责分工及时处理；无权处理的，应当及时移送有权处理的部门处理。收到检举的部门、负责处理的部门应当为检举人保密。不得将检举人姓名和检举材料转给被检举人个人。

第四节 会计机构和会计人员

会计机构是国家机关、社会团体、公司、企事业单位和其他组织办理会计业务的职能部门。会计人员是专门从事会计工作的专职人员，包括总会计师、高级会计师、会计师、助理会计师、会计员、财务管理员、核算员、出纳员等。

一、会计机构的设置和会计人员的配备

《会计法》规定，各单位应当根据会计业务的需要，设置会计机构，或者在有关机构中设置会计人员并指定会计主管人员；不具备设置条件的，应当委托经批准设立从事会计代理记账业务的中介机构代理记账。

国有的和国有资产占控股地位或者主导地位的大、中型企业必须设置总会计师。总会计师的任职资格、任免程序、职责权限由国务院规定。

二、会计机构内部的稽核制度和内部牵制制度

（一）内部稽核制度

稽核是稽查和复核的简称。稽核制度是指会计机构中由指定的会计人员对会计凭证、会计账簿、会计报表及其他资料进行检查和审核的制度，是会计机构的自我检查制度，其目的在于防止会计核算工作上的差错和有关人员舞弊，以提高会计核算工作的质量。会计机构内部应当建立稽核制度。出纳人员不得兼任稽核、会计档案保管和收入、支出、费用、债权债务账目的登记工作。

（二）内部牵制制度

内部牵制制度，也称钱账分管制度，是指凡是涉及款项和财务收支、结算及登记的任何一项工作，必须由两个或两个以上会计人员分工办理，以起到相互制约作用的一种制度。一方面



可以减少或消除差错和疏漏，另一方面能够防止违法行为的发生。

三、会计人员的任职资格

会计是一项政策性、专业性很强的工作，作为会计人员必须具备必要的专业知识，包括财务会计专业知识、有关法律知识和有关经济管理的知识，还应该具备相应的业务能力和从业资格。

（一）会计人员从业资格

从事会计工作的人员，必须取得会计从业资格证书。担任单位会计机构负责人（会计主管人员）的，除取得会计从业资格证书外，还应当具备会计师以上专业技术职务资格或者从事会计工作3年以上。会计人员从业资格管理办法由国务院财政部门规定。

（二）会计人员的消极资格

会计人员的消极资格是指会计人员因违法被追究责任后，不得取得或者重新取得会计从业资格证书。《会计法》第40条有两个层次的规定。

（1）因有提供虚假财务会计报告，做假账，隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告，贪污，挪用公款，职务侵占等与会计职务有关的违法行为被依法追究刑事责任的人员，不得取得或者重新取得会计从业资格证书。

（2）因违法违纪行为被吊销会计从业资格证书的人员，自被吊销会计从业资格证书之日起5年内，不得重新取得会计从业资格证书。

四、会计人员的工作交接

会计人员调动工作或者离职，必须与接管人员办清交接手续。一般会计人员办理交接手续，由会计机构负责人（会计主管人员）监交；会计机构负责人（会计主管人员）办理交接手续，由单位负责人监交，必要时主管单位可以派人会同监交。

第五节 违反会计法的法律责任

一、会计人员违反会计法的法律责任

会计人员违反《会计法》规定，有下列行为之一的，可以处以罚款，属于国家工作人员的，还应当由其所在单位或者有关单位给予行政处分；情节严重的，由县级以上人民政府财政部门吊销会计从业资格证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

- （1）违反《会计法》关于会计核算的有关规定；
- （2）拒绝依法实施的监督或者不如实提供有关会计资料及有关情况；
- （3）伪造、变造会计凭证、会计账簿、编制虚假财务会计报告；
- （4）隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告。

二、单位负责人违反会计法的法律责任

上述会计人员的违法行为如果发生在单位负责人身上，单位负责人应承担同样的法律责



任。除此之外,单位负责人对依法履行职责、抵制违反《会计法》规定的会计人员以降级、撤职、调离工作岗位、解聘或者开除等方式实行打击报复的,由其所在单位或者有关单位依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

三、单位违反会计法的法律责任

对违反《会计法》的单位,由县级以上人民政府财政部门责令限期改正,并可以对单位处以罚款。

四、财政部门及有关行政部门工作人员的法律责任

财政部门及有关行政部门的工作人员在实施监督管理中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露国家秘密、商业秘密,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予行政处分。

综合练习题六

一、选择题

1. 《中华人民共和国会计法》、《总会计师条例》、《企业财务会计报告条例》、《财政部门实施会计监督办法》、《会计档案管理办法》按我国现行法的形式依次为()。
A. 行政法规
B. 普通法律
C. 地方性法规
D. 部级规章
2. 会计工作的主管部门是()。
A. 财政部
B. 税务部门
C. 地方各级政府
D. 各级人民政府财政部门
3. 我国的会计管理体制是()。
A. 统一领导
B. 统一领导、分级管理
C. 分级管理
D. 统一领导、集中管理
4. 会计核算的一般要求有()。
A. 依法建账
B. 根据实际发生的经济业务进行会计核算
C. 保证会计资料的真实性
D. 正确采用会计处理方法
E. 正确采用会计记录文字
F. 使用电子计算机进行会计核算必须符合法律规定
5. 关于原始凭证正确的选项有()。
A. 原始凭证记载的各项内容均不得涂改
B. 原始凭证有错误的,应当由出具单位重开或者更正,更正处应当加盖出具单位印章
C. 原始凭证金额有错误的,应当由出具单位重开,不得在原始凭证上更正
D. 原始凭证金额有错误的,可以更正,更正处应当加盖出具单位印章
6. 企业编制财务会计报告,应当根据真实的交易、事项以及完整、准确的账簿记录等资料,并按照国家统一的会计制度规定的编制基础、编制依据、编制原则和方法。这里的企业是



指（ ）。

- A. 国有企业
- B. 公有制企业
- C. 国有企业及各类公司
- D. 各种企业

7. 年度、半年度财务会计报告内容构成应当有（ ）。

- A. 会计报表
- B. 会计报表附注
- C. 财务情况说明书
- D. 明细账

8. 季度、月度财务会计报告，通常仅指会计报表，其内容至少应当包括（ ）。

- A. 资产负债表
- B. 利润表
- C. 现金流量表
- D. 股东权益增减变动表
- E. 分部报表及其他有关附表

9. 会计档案的保管期限分为（ ）。

- A. 3 年
- B. 5 年
- C. 10 年
- D. 15 年
- E. 20 年
- F. 25 年

10. 会计工作的国家监督除了财政部门外，依照有关法律、行政法规规定的职责和权限，可以对有关单位的会计资料实施监督检查的部门有（ ）。

- A. 审计和税务部门
- B. 会计事务所
- C. 人民银行
- D. 证券和保险监管部门
- E. 工商行政管理部门

11. 伪造、变造会计凭证、会计账簿或者编制虚假财务报告的行为尚不构成犯罪的法律责任为（ ）。

- A. 通报
- B. 可并处 5000 元以上 10 万元以下行政罚款
- C. 对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可处 3 000 元以上 5 万元以下的行政罚款
- D. C 项所述人员属于国家工作人员的应当给予撤职直至开除的行政处分；其中的会计人员并应吊销会计从业资格证书

12. 一般会计人员在办理会计工作交接手续时负责监交的人员应当是（ ）。

- A. 单位职工代表
- B. 其他会计人员
- C. 会计机构负责人
- D. 单位档案管理人员

13. 出纳人员不得兼任的工作有（ ）。

- A. 稽核
- B. 会计档案保管
- C. 记固定资产卡片
- D. 办理纳税申报

14. 在我国，单位内部会计监督的主体一般是指（ ）。

- A. 财政、审计、税务机关
- B. 注册会计师及其会计师事务所
- C. 本单位的会计机构和会计人员
- D. 本单位的内部审计机构及其人员

15. 就其职务地位而言，总会计师是（ ）。

- A. 单位行政领导人员
- B. 会计机构负责人
- C. 会计主管人员
- D. 有会计专业技术资格的人员

16. 有权担任企业总会计师的会计人员，必须取得（ ）任职资格。

- A. 高级会计师
- B. 注册会计师
- C. 会计师
- D. 初级会计员技术职称



17. 单位负责人的直系亲属不得担任本单位的（ ）。
- A. 会计主管人员 B. 出纳人员
C. 总账人员 D. 审计人员
18. 会计工作岗位设置一要根据本单位会计业务的需要设置，二要符合（ ）的要求。
- A. 一岗 B. 内部牵制制度
C. 一人多岗 D. 会计电算化技术
19. 高级会计人员和中级会计人员继续教育的时间每年累计不少于（ ）小时。
- A. 20 B. 24 C. 36 D. 48
20. 下列资料中不属于会计档案的是（ ）。
- A. 银行存款余额调节表 B. 固定资产卡片
C. 会计移交清册 D. 月度财务收支计划
21. 对报送的会计报表应由（ ）签名或盖章。
- A. 单位领导人 B. 经办会计人员
C. 总会计师 D. 会计机构负责人
22. 原始凭证按其来源不同可分为（ ）。
- A. 外来原始凭证 B. 复制原始凭证
C. 自制原始凭证 D. 本单位原始凭证

二、判断题

1. 我国以每年公历的1月1日起至12月31日止，为一个会计年度。 ()
2. 我国会计核算以人民币为记账本位币。 ()
3. 业务收支以人民币以外的货币为主的单位，可以选定其中一种货币作为记账本位币，但是编报的财务报告应当折算为人民币。 ()
4. 会计机构和会计人员有权对不真实、不合法的原始凭证不予接受；对记载不准确、不完整的原始凭证予以退回，并要求按国家统一的会计制度规定更正、补充。 ()
5. 任何单位都不得在法定会计账簿之外私设会计账簿。账外设账是严重的违法行为。 ()
6. 我国的企业都应当于年度终了时编报财务会计报告。 ()
7. 年度结账日为公历年度的最后几天；半年、季度、月度的结账日为公历每半年、每季、每月的最后几天。 ()
8. 保管期已满的会计档案一律可以销毁。 ()
9. 记账人员与经济业务事项或会计事项的审批人员、经办人员、财物保管人员的职责应当分明，并相互分离、相互制约。 ()
10. 会计机构、会计人员对本单位违反《会计法》和国家统一的会计制度规定的会计事项，有权拒绝办理或者按照职权予以纠正。 ()
11. 从事会计工作人员，必须取得会计从业资格，持有会计从业资格证书；会计资格证书的均须通过会计从业资格考试方可取得。 ()
12. 会计人员工作调动或者因故离职必须将本人所经管的会计工作全部移交接管人员，没有办清交接手续的不得调动或者离职。 ()
13. 隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的处5年以下有期徒刑或拘役，并处或单处2万元以上20万元以下罚金。 ()



14. 单位负责人对依法履行职责、抵制违反《会计法》规定行为的会计人员以降级、撤职、调离工作岗位、解聘或者开除等方式实行打击报复，构成犯罪，依法追究刑事责任。（ ）

三、综合分析题

2004 年 1 月，华为服装厂发生如下事项：

1. 4 日该厂与 A 公司签订购买一批布料的合同，总价款 20 万元。合同约定服装厂验货合格后支付货款。25 日，A 公司交货，验收时发现其质量不符合合同的约定要求，服装厂要求退货并拒绝支付货款。

2. 7 日，该厂会计王某请假 10 天，会计科长指定出纳李某临时兼管王某的债权债务账目的记工作，未办理会计工作交接手续。

3. 10 日，该厂档案科会同会计科销毁了一批保管期限已满的会计档案，未报经厂领导批准，也未编造会计档案销毁清册，销毁后未履行任何手续。

4. 该厂 03 年度亏损 50 万元。20 日，会计科长授意会计人员采取假造会计凭证等手法调整企业的财务会计报告，将本年度利润调整为盈利 20 万元，并将调整后的企业财务会计报告经厂长及有关人员签名、盖章后报送有关单位。

要求：根据以上事实，回答下列问题：

(1) 服装厂拒绝支付 A 公司货款是否合法？为什么？

(2) 出纳李某临时兼管王某债权债务账目的做法是否符合规定？为什么？

(3) 档案科会同会计科销毁会计档案在程序上是否符合规定，为什么？

(4) 厂长对会计科长授意会计人员采取变造会计凭证手法调整财务会计报告的行为是否应承担法律责任？为什么？

第七章 产品质量和市场秩序法律制度



学习目标

现代市场经济是法制经济，需要用法律来规范市场行为。我国的《产品质量法》、《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》是我国规范市场秩序的主要法律规范，本章着重介绍了这三个方面的主要内容，旨在为学生今后走入社会，特别是从事经营活动奠定必要的法律知识、树立正确的市场法制观念。

第一节 产品质量法



课堂案例

李某邀请好友小宋来家里小聚，当开启刚从商场买回的啤酒时，酒瓶突然爆炸，飞出的玻璃碎片击中了宋某的左眼，致使宋某左眼视网膜破损，虽经治疗，仍致宋某的左眼视力严重下降，几近失明，并为此花费了治疗费6 700元。

请问：这种情况下，宋某是应自认倒霉，还是应由李某承担宋某的损失呢？可否要求商场赔偿呢？

一、产品质量和产品质量法

（一）产品质量

产品质量是产品内存素质和外在素质的综合。产品的内在素质是指产品具体的使用性、安全性、可靠性、维修性和有效性等方面的属性。产品的外在素质是指产品外观（造型、色彩）的渲染力、感染力、吸引力等方面的属性。产品的质量与人们的生活密切相关。有丰富多彩的高质量的产品，可以丰富人们的生活，为人们提供各种方便，满足人们的各种需要；产品如果有质量问题，则会损害消费者的利益，甚至危及到人们的生命和财产安全。

（二）产品质量法的概念和调整对象

产品质量法简单地说就是有关产品质量的法律规范。为了加强对产品质量的监督管理，明确产品责任，保护用户、消费者的合法权益，维护社会秩序，我国在 1993 年通过并实施了《中华人民共和国产品质量法》，并于 2009 年 7 月修改后重新发布施行。因此，在狭义上讲我国产品质量法仅指以《中华人民共和国产品质量法》，而广义的产品质量法则是我国调整产品质



量关系的各种法律规范,包括以《中华人民共和国产品质量法》为核心以及相关的法律法规。我国的《产品质量法》调整的对象包括两个方面。

1. 产品质量的监督管理关系

解决那些国家机关有权监督管理产品的质量、在产品质量监督管理中的权限和责任、监管的方式等问题。

2. 产品质量责任关系

解决产品质量责任的确认和落实问题。如:是不是产品质量责任,谁承担责任该责任,承担责任的范围等。

(三) 《中华人民共和国产品质量法》的适用范围

(1) 在我国境内,产品生产、销售环节的产品质量问题应遵守《产品质量法》的规定。运输、仓储过程中发生的质量问题不属于《产品质量法》的调整范围。

(2) 只适用于经过加工、制作并用于销售的产品,建筑工程除外。

二、产品质量监督

(一) 产品质量监督机关及其职权

国务院产品质量监督部门(现为国家技术监督局)主管全国产品质量监督工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

县级以上地方产品质量监督部门(地方技术监督局)主管本行政区域内的产品质量监督工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

地方技术监督局根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报,对涉嫌违反产品质量法规定的行为进行查处时,可以行使下列职权:

(1) 对当事人涉嫌从事违反本法的生产、销售活动的场所实施现场检查;

(2) 向当事人的法定代表人、主要负责人和其他有关人员调查、了解与涉嫌从事违反本法的生产、销售活动有关的情况;

(3) 查阅、复制当事人有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料;

(4) 对有根据认为不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品或者有其他严重质量问题的产品,以及直接用于生产、销售该项产品的原辅材料、包装物、生产工具,予以查封或者扣押。

县级以上工商行政管理部门按照国务院规定的职责范围,对涉嫌违反产品质量法规定的行为进行查处时,可以行使上述规定的职权。

(二) 产品质量监督管理制度

1. 产品质量出厂检验制度

任何产品在出厂前必须进行检验,只有检验合格的产品才能出厂销售。企业可自行组织检验也可委托检验机构依据产品的国家标准、行业标准进行检验,没有国家标准或行业标准的可依据企业制定的标准进行检验;但对于可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品,尚无国家标准、行业标准的,必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求。



2. 推行企业质量体系认证制度和产品质量认证制度

企业根据自愿原则可以向国务院产品质量监督部门认可的或者国务院产品质量监督部门授权的部门认可的认证机构申请企业质量体系认证和申请产品质量认证。经认证合格的，由认证机构颁发企业质量体系认证证书和产品质量认证标志。

3. 实行以抽查为主要方式的监督检查制度

对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。抽查的样品应当在市场上或者企业成品仓库内的待销产品中随机抽取。监督抽查工作由国务院产品质量监督部门规划和组织。县级以上地方产品质量监督部门在本行政区域内也可以组织监督抽查。

对监督抽查的产品质量不合格的生产者、销售者依法进行处理。

国务院和省、自治区、直辖市人民政府的产品质量监督部门定期发布其监督抽查的产品的质量状况公告。

（三）产品质量的社会监督

消费者有权就产品质量问题，向产品的生产者、销售者查询；向产品质量监督部门、工商行政管理部门及有关部门申诉，接受申诉的部门应当负责处理。

保护消费者权益的社会组织可以就消费者反映的产品质量问题建议有关部门负责处理，支持消费者对因产品质量造成的损害向人民法院起诉。

三、生产者、销售者的产品质量义务

（一）生产者的产品质量义务

1. 生产者应当对其生产的产品质量负责

产品质量应当符合下列要求：

（1）产品具备产品应当具备的使用性能且不存在缺陷（学理可称为产品质量的默示义务）。产品没有具备应当具备的使用性能，除非生产者已经做出说明，否则应认为产品使用性能有瑕疵，是瑕疵产品。

产品应当不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；产品存在不合理的危险应认为是缺陷产品。

产品缺陷包括设计上的缺陷、制造上的缺陷和指示上的缺陷。例如：儿童小单车没有链包，救生圈所采用的材料过于容易破裂，啤酒瓶所用玻璃材料易爆裂，洗澡用的燃烧型热水器箱体没有警示标识等。

（2）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况（学理可称为产品质量的明示义务）。

产品的使用性能不符合所采用的产品标准，不符合说明书或实物样品所表明的质量状况应认定该产品是瑕疵产品。

2. 生产者应对产品或其包装上的标识承担义务

标识必须真实并符合下列要求：

（1）质量检验合格证明。



(2) 标明的产品名称、生产厂厂名和厂址。

(3) 产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料。

(4) 限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期、安全使用期或者失效日期。

(5) 使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。

此外，生产者对其生产的危险物品还应承担特殊的包装和标识的义务。如易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定做出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。

3. 生产者的禁止性义务

生产者不得生产国家明令淘汰的产品；不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址；不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

(二) 销售者的产品质量义务

1. 进货时的检查验收义务

销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识。

2. 进货后的产品质量保持义务

销售者应当采取措施，保持销售产品的质量。

3. 销售时的质量保证义务

销售者销售的产品的标识应当符合规定；销售产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品；不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址；不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。

四、违反产品质量义务的法律责任

(一) 产品质量责任

产品质量责任是指生产者、销售者以及其他对产品质量负有直接义务的人违反产品质量义务应承担的法律后果。产品质量责任从形式上看包括民事责任、行政责任和刑事责任。

(二) 判断产品质量责任的依据

(1) 是否有违产品质量的默示义务：是否具备产品应当具备的使用性能，是否符合国家法律、法规规定的有关产品安全、卫生方面的强制性要求。法律、法规规定的产品必须满足的条件，即使以任何形式予以排除或限制都视为无效。



(2) 是否有违产品质量的明示义务: 即是否符合产品明示采用的产品标准以及以合同、产品说明书、实物样品等方式表明的质量。

(三) 违反产品质量义务的民事责任

1. 一般的产品质量责任(产品瑕疵责任)

一般的产品质量责任是指卖方销售的产品存在瑕疵而应当卖方承担的民事责任。即卖方销售的产品因为有下列情形而应承担的包括降价、修理、更换、赔偿买方损失等形式的民事责任。

(1) 即产品不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的;

(2) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的;

(3) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

销售者依规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后, 属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者(以下简称供货者) 的责任的, 销售者有权向生产者、供货者追偿。

2. 产品质量侵权责任(产品责任)

产品质量侵权责任(产品责任) 是指生产者、销售者因产品存在缺陷而造成他人人身、缺陷产品以外的其他财产损害应承担的赔偿责任。

(1) 构成条件: 有因产品造成的损害事实; 产品在销售时已经存在缺陷; 损害事实与产品缺陷之间存在因果关系。

(2) 承担责任的原则: 产品质量侵权责任对销售者实行过错推定原则。即产品缺陷是销售者过错造成的, 或者销售不能证明缺陷不是自己造成的, 或者销售不能指明缺陷产品的生产者或供货者时。销售者应承担这种责任。

产品质量侵权责任对生产者实行无过错责任原则。产品缺陷被证明在出厂前就存在的, 无论生产者主观上是否有过错, 都要承担这种责任。

(3) 生产者免除产品质量侵权责任的条件: ①产品未投入流通的; ②投入流通前引起损害的缺陷不存在的; ③投入流通时科技水平不能发现缺陷存在的。

(4) 损害赔偿的范围: 因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的, 侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用; 造成残疾的, 还应当支付残疾者生活费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用; 造成受害人死亡的, 并应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。

因产品存在缺陷造成受害人财产损失的, 侵害人应当恢复原状或者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的, 侵害人应当赔偿损失。

(5) 受害人请求赔偿的有关规定: 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的, 受害人可以向产品的生产者要求赔偿, 也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任, 产品的销售者赔偿的, 产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任, 产品的生产者赔偿的, 产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为 2 年, 自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权, 在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满 10 年丧失; 但是, 尚未超过明示的安全使用期的除外。



（四）违反产品质量义务的行政、刑事法律责任

根据我国《产品质量法》的规定，有下列行为应承担相应的行政和刑事法律责任。

（1）生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，没收用于生产的原辅材料、包装物、生产工具，并处以违法生产、销售产品（包括已售出和未售出的产品，下同）货值金额等值以上 3 倍以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

有充分证据证明其不知道该产品为禁止销售的产品并如实说明其进货来源的，可以从轻或者减轻处罚。

（2）在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，没收相关的原辅材料、包装物、生产工具，并处以违法生产、销售产品货值金额 50% 以上 3 倍以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（3）生产、销售国家明令淘汰并停止销售的产品，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处以违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。有充分证据证明其不知道该产品为禁止销售的产品并如实说明其进货来源的，可以从轻或者减轻处罚。

（4）销售失效、变质的产品的，责令停止销售，没收违法销售的产品，并处以违法销售产品货值金额 2 倍以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（5）伪造产品产地的，伪造或者冒用他人厂名、厂址的，伪造或者冒用认证标志等质量标志的，责令改正，没收违法生产、销售的产品，并处以违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。

（6）产品标识不符合规定的，责令改正；有包装的产品标识不符合规定，情节严重的，责令停止生产、销售，并处以违法生产、销售产品货值金额 30% 以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得。

（7）拒绝接受依法进行的产品质量监督检查的，给予警告，责令改正；拒不改正的，责令停业整顿；情节特别严重的，吊销营业执照。

（8）转移、变卖、损毁物品货值金额等值以上 3 倍以下的罚款；有违法所得的，并处以没收违法所得。

第二节 反不正当竞争法



课堂案例

我国某国际旅行社为了招徕国内游客赴澳大利亚旅游，在电视机等媒体上进行广告，广告的背景采用了不少摄自于美国夏威夷的风光，这样的行为可否断定为不正当竞争行为呢？为什么？



一、不正当竞争行为的概念和特征

经营者为了追求自身的经营利益必然会想方设法跟同类产品的其他经营者就产品的市场、用户或消费者展开激烈争夺,这就是市场竞争,本节所讲的竞争仅指市场竞争。

经营者为了在竞争中占有有利的地位并不是什么行为都可以采取,采用法律所不允许的竞争手段将会构成不正当竞争,其他经营者将可依法追究其不正当竞争的法律 responsibility。

《中华人民共和国反不正当竞争法》是我国为了规范市场竞争行为于 1993 年 9 月 2 日通过并于 1993 年 12 月 1 日起施行的我国关于市场竞争的一部基本法律。根据该法的规定对不正当竞争可做如下表述。

不正当竞争行为是指违反《反不正当竞争法》及其相关规范的规定,损害其他经营者合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。不正当竞争行为有如下特征:

(1) 行为人一般为特定的经营者:即不正当竞争行为一般是由从事商品经营或营利性服务的法人、其他组织或个人直接实施的。但不正当竞争行为也可能是由特定经营者的关系人实施的,这种情况下该经营者便是该行为的直接受益者。

(2) 行为具有违法性:即不正当竞争行为必然是违反《反不正当竞争法》及其相关规范的规定。

(3) 行为的结果具有损害性:即不正当竞争行为客观上会损害合法经营者的正当利益,扰乱社会经济秩序。

二、不正当竞争行为的主要表现

根据《反不正当竞争法》的规定,不正当竞争行为有如下主要表现:

1. 假冒或仿冒行为

假冒或仿冒行为是指盗用他人的商业信誉或者商品声誉,使其商品与他人的商品发生混淆,从中牟取非法利益的行为。具体包括:

(1) 假冒他人的注册商标;

(2) 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品;(3) 擅自使用他人的企业名称或者姓名,使人误认为是他人的商品。

2. 虚假标示和虚假宣传行为

虚假标示和虚假宣传行为是指经营者在商品及其包装上、产品说明书中,或利用广告或其他方法对产品的质量、制造加工地、制作方法、成分、性能、用途、数量、有效期限等有关内容进行虚伪不实或引人误解的表示、说明、标注或宣传的行为。

3. 滥用独占地位限制竞争的行为

滥用独占地位限制竞争的行为是指公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者,限定他人购买其指定的经营者的商品,从而排挤其他经营者的公平竞争的行为。

4. 滥用行政权力限制竞争行为

这是指政府及其所属部门滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他



经营者正当的经营活动的行为，以及限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场的行为。

5. 商业贿赂行为

商业贿赂行为是指经营者在交易中以给付财物或提供其他好处为手段贿赂交易相对人或其负责人以取得交易机会或优惠的交易条件的行为。如在账外暗中给予对方单位或者个人回扣。

6. 侵犯商业秘密的行为

侵犯商业秘密的行为是指不正当的获取、披露、使用或者允许他人使用其他人的商业秘密的行为。

商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

7. 压价销售行为

经营者在正常情况下以低于成本价销售商品的行为。经营者在正常情况下以低于成本的价格销售商品其目的无非是想利用自己的实力压垮竞争对手从而实现垄断的企图。

下列情形不属于不正当行为：销售鲜活商品；处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；季节性降价；因清偿债务、转产、歇业降价销售的商品。

8. 搭售行为

经营者销售商品，违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件的行为。

9. 违法的有奖销售行为

违法的有奖销售行为包括：

- (1) 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；
- (2) 利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；
- (3) 抽奖式的有奖销售，最高奖的金额不超过 5 000 元。

10. 商业诋毁行为

商业诋毁行为即经营者捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的行为。

11. 串通投标行为

串通投标行为是指投标者相互串通，抬高、压低标价或投标者和招标者相互串通排斥其他投标者的行为。

三、不正当行为的监督检查

不正当竞争行为的监督机关包括县级以上人民政府工商行政管理部门以及法律、行政法规规定其他部门。监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时，有权行使下列职权：

- (1) 按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人，并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料；
- (2) 查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料；
- (3) 检查与不正当竞争行为有关的财物，必要时可以责令被检查的经营者说明该商品的来



源和数量，暂停销售，听候检查，不得转移、隐匿、销毁财物。

四、不正当竞争行为的法律责任

（一）不正当竞争行为的民事责任

经营者实施不正当竞争行为给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

（二）不正当竞争行为的行政责任和刑事责任

监督检查部门可根据不正当竞争行为的性质和情节对行为人给予行政处罚，如责令停止违法行为、没收违法所得、罚款、吊销营业执照等；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三节 消费者权益保护法



课堂案例

学生王某利用假期的时间到某少数民族地区采风，为了记录该少数民族风土人情他一共用了三卷胶卷，拍下了他认为很有价值的资料。回来后他把胶卷拿到某相片冲印部冲洗时，由于工作人员的大意，三卷胶卷全部作废，由于王某用的是“富士”牌胶卷，冲印部按该店的店规，赔给王某三卷“富士”牌胶卷。该相片冲印部这样做是否侵犯王某的消费权益？

一、消费者权益保护法概念及其保护的对象

消费者权益保护法是对保护消费者正当权益的法律规范的称谓。我国的消费者权益保护法有广义和狭义之分。广义的消费者权益保护法是对我国保护消费者正当权益的各种法律规范的总称。狭义的消费者权益保护法是指国家就保护消费者权益专门制定的法律，即1993年10月31日全国人民代表大会常务委员会会议上通过并于1994年1月1日起施行的《中华人民共和国消费者权益保护法》。

我国《消费者权益保护法》第二条规定：“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”这一规定表明：

（1）我国消费者权益保护法所保护的消费仅指生活消费、一般指个人消费。

生产性消费一般不受该法保护。如工业企业购买原材料如果认为正当权益受侵犯都不能依据该法寻求解决。但农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，可参照该法执行。如某养鱼专业户购买鱼苗或农用薄膜，如果认为合法权益受侵犯则可以依据该法寻求解决。

生活消费一般应理解为个人的生活消费。《消费者权益保护法》没有明确表明单位生活消费是否适用。



(2) 我国消费者权益保护法所保护的消费既可以是商品消费也可以是服务消费。

二、消费者的权利

根据我国《消费者权益保护法》的规定，消费者享有如下权利：

1. 安全权

即消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务符合保障人身、财产安全的要求。

2. 知情权

即消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

3. 自主选择权

即消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

4. 公平交易权

即消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

5. 求偿权

即消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

6. 结社权

即消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

7. 获得知识权

即消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。

三、经营者的义务

我国《消费者权益保护法》要求经营者承担以下义务：

1. 履行法定和约定义务

经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

2. 接受监督的义务

经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。

3. 保证商品和服务安全的义务

经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者做出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。



经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

4. 提供商品和服务真实信息的义务

经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得做引人误解的虚假宣传。经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当做出真实、明确的答复。商店提供商品应当明码标价。

5. 标明真实名称和标记的义务

经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。

6. 出具购物凭证或服务单据的义务

经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

7. 保证商品和服务质量的义务

经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

8. 履行“三包”义务

经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。

9. 不得设置不公平交易的义务

经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式做出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

10. 尊重消费者人身权的义务

经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

四、消费者权益的国家保护和社会保护

（一）消费者权益的国家保护

国家制定保护消费者权益的法律、法规和政策时应充分听取消费者意见。

各级人民政府着力加强领导，组织、协调、督促有关行政部门做好保护消费者合法权益的工作；着力加强监督，预防危害消费者人身、财产安全行为的发生，及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。

各级人民政府工商行政管理部门和其他有关行政部门在各自的职责范围内，采取措施，保护消费者的合法权益；听取消费者及其社会团体对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见并及时调查处理。



有关国家机关应当依法惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为。

人民法院采取有效措施方便消费者起诉，及时受理和审理消费纠纷。

（二）消费者权益的社会保护

消费者协会和其他消费者组织是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会团体。消费者协会履行下列职能：

- （1）向消费者提供消费信息和咨询服务；
- （2）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；
- （3）就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；
- （4）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；
- （5）投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；
- （6）就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；
- （7）对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

五、侵犯消费者合法权益的法律责任

（一）侵犯消费者合法权益的民事责任

侵犯消费者合法权益的民事责任主要规定有：

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。

（2）对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或者退货。在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或者退货。对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。

（3）依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

（4）经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

（5）经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（6）经营者侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

（二）侵犯消费者合法权益的行政责任和刑事责任

经营者实施侵犯消费者合法权益的行为，工商行政管理部门和其他部门可根据有关规定对经营者进行处罚，处罚方式有：责令改正、警告、没收违法所得、罚款、责令停业整顿、吊销营业执照等。



经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害或者死亡的，构成犯罪的依法追究刑事责任。

综合练习题七

一、选择题

1. 我国《产品质量法》的调整对象是（ ）。
A. 产品生产协作关系 B. 产品竞争关系
C. 产品质量监督管理关系 D. 产品质量责任关系
2. 下列产品属于《产品质量法》适用范围的有（ ）。
A. 商品房 B. 电视机 C. 瓜农出卖的西瓜
D. 运动鞋 E. 美容霜 F. 厂家提供给的试用品
G. 水泥 H. 市场上出卖的鱼
3. 我国产品质量主管部门是（ ）。
A. 工商行政管理部门 B. 技术监督管理部门
C. 卫生行政管理部门 D. 消费者协会
5. 产品质量监督抽查的产品包括（ ）。
A. 对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品
B. 影响国计民生的重要工业产品
C. 消费者、有关组织反映有质量问题的产品
D. 刚投放市场的新产品
6. 生产者对其生产的产品应承担的义务包括（ ）。
A. 产品质量方面的义务 B. 危险物品的特殊包装方面的义务
C. 产品标识方面的义务 D. 产品运输方面的义务
7. 产品缺陷包括（ ）。
A. 设计上的缺陷 B. 制造上的缺陷
C. 包装上的缺陷 D. 指示上的缺陷
8. 生产者对其生产的产品，通常情况下在质量方面的义务应包括（ ）。
A. 具备产品应当具备的使用性能 B. 符合生产者明示所表明的质量状况
C. 不存在不合理的危险 D. 符合国际标准
8. 销售者的义务可概括为（ ）。
A. 进货时的检查验收义务 B. 销售后售后服务义务
C. 销售时的质量保证义务 D. 进货后的产品质量保持义务
10. 具有下列（ ）之一的，生产者应承担一般的产品质量责任（产品瑕疵责任）。
A. 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的
B. 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的
C. 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的
D. 有因产品而造成的人身、财产伤亡事实的



11. 产品质量侵权责任的构成条件包括（ ）。
- A. 有因产品造成的损害事实
B. 产品在销售时已经存在缺陷
C. 损害事实与产品缺陷之间存在因果关系
D. 产品的缺陷是由于产生者的过错造成的
12. 产品质量侵权责任对生产者实行（ ）。
- A. 过错责任原则
B. 无过错责任原则
C. 过错推定原则
D. 公平责任原则
13. 关于产品质量侵权责任的范围正确的有（ ）。
- A. 造成人身伤害的应赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废的生活补助
B. 造成死亡的除 A 项所列外，应支付丧葬费、抚恤费、死者生前抚养人必要的生活费
C. 造成财产损失的应恢复原状或折价赔偿
D. 受害人因产品质量侵权而遭受的其他重大损失
14. 不正当竞争行为的特征有（ ）。
- A. 行为人一般为特定经营者
B. 行为的性质具有违法性
C. 行为的结果具有损害性
D. 行为的形式具有隐蔽性
15. 下列属于不正当竞争行为的有（ ）。
- A. 特等奖奖金 1 万元的有奖销售
B. 正常情况下以低于成本价销售产品
C. 县政府禁止外地商品流入本地市场
D. 假冒他人的注册商标
16. 下列属于正当竞争行为的是（ ）。
- A. 甲公司把丁公司许可其使用的商业秘密私自告知丙公司
B. 某商场把保质期将届满的商品三折出售
C. 某厂家为了促销商品而给予承销商厂价九五折的价格优惠
D. 某市政府下令禁止在本市销售外地生产的啤酒、饮料
17. 不正当竞争行为的主要行政管理机关是（ ）。
- A. 工商行政管理部门
B. 消费者协会
C. 司法行政管理部门
D. 人民法院
18. 消费者享有（ ）。
- A. 接受服务时受到损害的求偿权
B. 知悉其所购买的商品真实情况权
C. 在购买商品时人格尊严受尊重权
D. 自主选择商品的权利
19. 属于侵犯消费者权益的行为（ ）。
- A. 某自选商场依商场的规定对从商场出来的可疑者进行搜查
B. 某像片冲洗部按照该冲洗部的规定对被冲坏的胶卷给予同量同质胶卷的赔偿
C. 干洗店对被遗失的衣物按该店的规定给予相当于干洗收费 2~3 倍的赔偿
D. 对性能有瑕疵的商品低价出售并做说明



20. 经营者应承担的义务有（ ）。
- A. 商品应明码标价
 - B. 出具购物凭证
 - C. 不得搜查消费者携带物品
 - D. 按国家规定或与消费者约定承担包修、包换、包退或其他责任
21. 保护消费者权益的社会组织是（ ）。
- A. 工商行为管理部门
 - B. 人民法院
 - C. 消费者协会
 - D. 各地人民政府

二、判断题

1. 我国产品质量管理实行以抽查为主要方式的监督检查制度。 ()
2. 产品没有具备应当具备的使用性能，除非生产者已经做出说明，否则应认为产品使用性能有缺陷，是缺陷产品。 ()
3. 生产者对其生产的产品在标识方面应当有产品质量检验合格证明、中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址等。 ()
4. 如果产品缺陷是销售者过错造成的，或者销售不能证明缺陷不是自己造成的，或者销售不能指明缺陷产品的生产者或供货者时，因缺陷产品造成侵害的销售者应承担产品质量侵权责任。 ()
5. 投入流通的产品，如果产品的缺陷被证明在出厂前就存在的，且当时的科技水平是能够发现缺陷的存在，则无论生产者主观上是否有过错，都要承担这种责任。 ()
7. 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效为 5 年，自当事人知道或应当知道其权益受到损害时起计算。 ()
8. 违反产品质量义务，销售者依规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。 ()
9. 产品质量侵权责任自造成损害的缺陷产品交付给最初用户、消费者满 15 年后解除，除非该产品尚未超过安全使用期。 ()
10. 经营者销售商品，违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件的行为属于不正当竞争行为。 ()
11. 我国消费者权益保护法所保护的消费一般指个人生活消费，既可以是商品消费也可以是服务消费。 ()
12. 消费者在购买、使用商品或接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿权。 ()
13. 经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式做出对消费者不公平、不合理的规定。 ()
14. 经营者提供的商品或者服务有欺诈行为的应当按消费者的要求增加赔偿，增加额为消费者所购买商品的价格或者服务收费的一倍。 ()



三、案例分析题

1. 案例一

光华酒厂是曲江市的一家老牌酒厂，主要生产“日月”牌 39 度、44 度白酒，市场零售价一般为 3.5 元和 5.2 元，鉴于该厂在曲江市的传统优势，该厂的效益一直不错。1995 年 3 月，曲江市所属肥东县成立了一家中兴酒业有限责任公司，也生产白酒，主要是 39 度、44 度“威震”牌白酒。由于中兴酒厂靠近原料产地、劳动力成本较低、设备先进，所取泉水清冽、甘甜，并且所酿白酒工艺由四川五粮液酒厂科研所协助提供，“威震”酒投放市场后，在本地很快就取得了极大的竞争优势，消费者纷纷称道，销售额连续攀升，到 1996 年 3 月，中兴酒厂已经取得了光华酒厂在该市市场份额的 40%，光华酒厂一年来产品销量锐减。光华酒厂决心夺回失去的市场，在全市范围内降价 1.5 元销售“日月”牌白酒，很快该种酒的市场零售价变为 2.0 元和 3.7 元。“威震”白酒立即出现滞销，被迫降价，由于中兴公司是新公司，规模较小、积累有限，难以大幅度降价，生存受到严重威胁。

请分析：光华酒厂所采用的竞争手段的合法性。

2. 案例二

李某等人参加广州某旅行社组织的华东五日旅游，在返回广州的航班上，该团成员大都不不同程度感到恶心，李某甚至昏迷不醒。返回广州后即送医院，证实为食物中毒，该团成员不少人在乘机前食用了旅行社提供的包餐，而该餐由该团入住的某酒店供应。

请分析：对此，旅行社是不是应承担李某等人受伤的民事法律责任，为什么？

第八章 票据和支付结算法律知识



学习目标

本章着重介绍我国的票据法、人民币银行结算账户制度和支付结算制度，旨在为学生今后从事财务工作和使用票据及结算方式进行结算活动提供相关的法律知识。

第一节 票据法律知识



课堂案例

一天下午快下班了，甲公司的出纳员小刘为了提取现金方便将开好的现金支票放入手提包拿回了家，不巧，当晚小刘家被盗，手提包连同支票被盗走。乙公司财会人员小吴不慎将公司一张可转让支票遗失。为了避免损失，小刘和小吴都是急忙赶往报社、电视台刊登支票“作废”启事。可事隔数日，还是被人冒领了票款。

请分析：这两张支票既然已经通过新闻媒体声明“作废”了，银行怎么还能让他人领取票款呢？是银行错了呢？还是小刘、小吴的做法不对呢？

一、票据及其分类

一般法律意义上所讲的票据是指由出票人依票据法的规定签发的、自己承诺或者委托他人在指定的日期无条件支付一定金额的书面凭证，包括汇票、本票和支票。

在票据法和票据活动中把依法签发票据并将票据交付给他人的称为出票人。票据所记载的当票据到期后有权收取票据所载金额的人称为收款人。票据所委托的支付票据金额的人或在票据中承诺支付票据金额的人称为付款人。

（一）汇票

1. 汇票概述

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

汇票的出票人是签发汇票并将其交付给他人的当事人，是委托他人付款的当事人。出票人依法签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任。

汇票的付款人是指由出票人委托付款或自行承担付款责任的人，或者说是汇款上记载的承担付款义务的当事人。



汇票的出票人签发汇票委托付款人付款，是出票人的单方行为，付款人不一定接受委托，只有付款人在汇票上做出接受委托的表示，付款人才承担汇票的付款义务。汇票的付款人同意接受委托时，要在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章。汇票的付款人在汇票上表示同意接受付款委托后便成为承兑人。

因此，汇票的付款人不必然是汇票承兑人。汇票的承兑人是指接受汇票出票人的委托，同意承担支付票款义务的人。

由此可见，在汇票未经付款人承兑之前，出票人是汇票的主债务人，在远期汇票中付款人在作出承兑前只是从债务人，承兑后才成为主债务人。而汇票承兑后出票人便退居从债务人的地位。

汇票的收款人是指汇票上记载的在汇票到期后有权收取票据所载金额的人。汇票的收款人可以以其持有的汇票在法定的期限内向付款人提示承兑、向承兑人要求支付票款；汇票的收款人也可以依法转让汇票，收款人以外的其他人可以通过合法的途径取得和持有汇票并享有汇票的权利。

汇票的出票人是银行的称为银行汇票，汇票的出票人是企业、其他组织或个人的称为商业汇票。

2. 银行汇票概述

银行汇票是由接受汇款人开户存款的银行签发的，委托另一家银行向收款人支付票款的汇票。

银行汇票的出票人是签发银行汇票的银行。银行签发银行汇票是应汇款人的请求的而做出的，其先决条件是汇款人应在该银行开户并将款项存入该银行。因此可以说银行汇票的出票人是收到汇款人交存的款项后签发银行汇票的银行。

银行汇票的付款人是银行汇票所委托付款的银行。银行汇票的付款人由汇款人指定。

银行汇票的收款人可以是汇款人也可以是汇款人指定的人（主要是汇款人的债权人）。银行签发银行汇票后交给汇款人，如果收款人是汇款人以外的人，则由汇款人交给收款人。

3. 商业汇票概述

商业汇票是指银行和其他金融机构以外的法人或其他组织签发的汇票，它是收款人或付款人（或承兑申请人）签发，由承兑人承兑，并于到期日向收款人或持票人支付款项的票据。商业汇票根据其承兑人是否是金融机构可分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。

（1）商业承兑汇票。商业汇票的承兑人是非金融机构的称为商业承兑汇票。商业承兑汇票分为两种情形：

一种是由收款人签发的，经非金融机构的付款人承兑的汇票。这种汇票收款人作为出票人，承兑人是付款人。

另一种是由付款人签发的并由付款人承兑的汇票。这种汇票付款人与出票人是同一人。

（2）银行承兑汇票。商业汇票的承兑人是银行或其他金融机构的称为银行承兑汇票。银行承兑汇票是由收款人或承兑申请人签发，并由承兑申请人向开户银行申请，经银行审查同意承兑的票据。

银行承兑汇票的出票人可以是收款人也可以是承兑申请人。收款人为买卖合同的卖方（债权人），承兑申请人为买卖合同的买方（债务人）。银行承兑汇票应按照买卖合同的要求填制，写明日期、承兑申请人和收款人的名称、开户银行和账号、金额、到期日期等项目。

银行承兑汇票由承兑申请人向银行申请承兑，申请承兑时须送交买卖合同。银行经审查符



合承兑条件，即与承兑申请人签订承兑协议，并在汇票上盖章后，将汇票和解讫通知书交承兑申请人转交收款人。同时，按照票面金额的收取手续费。

因此银行承兑汇票的付款人和承兑人是承兑银行，承兑银行为承兑申请人的开户银行。承兑银行负有该汇票到期时无条件支付票面款项的义务。承兑申请人在汇票到期时其在承兑银行的账户中需有足额票款，否则承兑申请人应向银行承担支付票款不足部分的本息。

（二）本票和支票概述

1. 本票概述

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

本票只有出票人与收款人两方当事人。出票人是签发本票并将其交付他人的人，他完成出票行为后即成为本票的付款人承担见票付款或定期付款的义务。

收款人是自出票人处取得本票，有权向出票人提示要求出票人付款的人。

由银行签发的本票称为银行本票，由企业或个人签发的本票称为一般本票。我国票据法规定的本票只限于银行本票。

2. 支票概述

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

支票的当事人有出票人、付款人与收款人。支票的出票人必须是在银行或其他金融机构开立有支票存款账户的客户。支票的出票人可以签发以自己为收款人的支票。支票的付款人必须是依法办理支票存款业务的银行或其他金融机构。

二、票据行为

票据行为是指当事人以设立、变更或消灭票据权利和义务而依法实施的行为。主要有以下行为。

（一）出票

出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。包括两步：出票人依票据法的规定制作票据，即在票据凭证票面上记载法定事项并签章；把作成的票据交给他人占有，即交付票据。不同种类的票据，法律对其出票人的资格要求是不同的，同一种票据不同国家的法律对出票人的规定也不尽相同。因此只有具备合法身份的出票人其出票行为才能产生法律效力。

（二）背书

背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为，是收款人或持有人为将票据权利转让或授予他人而实施的行为。

票据转让时在票据背面或粘单上签字或盖章并将其所持票据交给受让人的人称为背书人。背书人可以是收款人也可以是接受票据转让而持有票据的人。

被背书人是指票据背面或粘单上记载的受让票据的人或接受票据转让的人。背书人相对其被背书人称为前手，被背书人相对其背书人称为后手；后手可以通过背书再次转让票据，因此后手便成为其后手的前手，后手也可以成为其后手的背书人。



根据背书内容的不同,背书可分为:转让背书、委托取款背书、限制转让背书、设质背书等。

(三) 承兑

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。本票、支票不存在承兑问题。

(四) 保证

保证是指票据债务人以外的人,为担保特定的票据债务人履行票据债务而在票据上记载有关事项并签章的行为。

保证适用于汇票和本票,支票可以由付款银行保付,但一般没有债务人以外的他人保证。

三、票据行为的效力

依法实施的票据行为能产生相应的预期法律效力。违反法定要求的票据行为不能达到预期的法律后果,当事人还应当承担因此而引起的法律责任。我国《票据法》及其相关规范就票据行为的效力做出如下规定。

(一) 票据的记载事项及其更改应符合法定要求

(1) 票据必须记载如下事项,票据上未记载如下规定事项之一的,票据无效。

- ① 表明“汇票”、“支票”或“本票”的字样;
- ② 无条件支付的委托;
- ③ 确定的金额;
- ④ 付款人名称;
- ⑤ 收款人名称(仅限于汇票);
- ⑥ 出票日期;
- ⑦ 出票人签章。

(2) 票据金额、日期、收款人名称不得更改,更改的票据无效。

(3) 票据金额、日期、收款人名称以外的其他票据记载事项,原记载人更改的,更改时有原记载人签章证明的有效。

(4) 票据金额应以中文大写和数码同时记载,二者不一致的,票据无效。

(5) 票据上的记载事项应当真实,不得伪造、变造。票据上有伪造、变造的签章的,不影响票据上其他真实签章的效力。票据上其他记载事项被变造的,在变造之前签章的人,对原记载事项负责;在变造之后签章的人,对变造之后的记载事项负责;不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的,视同在变造之前签章。

(二) 票据签章人签章符合法定要求

票据签章是指票据有关当事人在票据上签名、盖章或签名加盖章的行为。票据上的签章有出票人的签章、承兑人的签章、背书人的签章、保证人的签章等。签章是票据行为生效的要件,没有签章的票据行为无效。

票据当事人可以委托其代理人在票据上签章,但应当在票据上表明其代理关系。

法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。单位的印章是指《票据管理实施办法》所规定的印章。



在票据上的签名，应当为该当事人的本名。

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的，其签章无效，但是不影响其他签章的效力。

没有代理权而以代理人名义在票据上签章的，应当由签章人承担票据责任；代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责任。

总之，出票人签章如不符合法定要求的，票据无效；背书人、承兑人、保证人在票据上的签章不符合法定要求的，其签章无效，但不影响其他符合规定签章的效力。

四、票据权利

（一）票据权利的概念

票据权利是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。

所谓付款请求权，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利。票据债务人可以是票据第一义务人（如汇票中的承兑人和本票中的出票人），或者是由出票人记载的，有可能对票据付款的人（如在汇票没有为承兑行为的付款人；在支票中出票人指定的付款银行）。

所谓追索权，是指当票据到期得不到付款或者在到期日前得不到承兑或者发生其他法定原因，持票人向票据上的所有义务人（票据出票人、票据收款人，最后背书人和其他背书人、保证人）请求支付票据金额、该金额在法定时期的法定利息以及法定必要费用的权利。

（二）票据权利的取得

只有通过合法的途径取得票据的人，才能享有票据权利。根据我国票据法的规定，票据权利的取得必须遵循诚信原则，一般情况下应具有真实的交易关系和债权债务关系，应给付价。票据权利的取得可概括为以下几点：

（1）持票人是票据收款人的，收款人享有出票人给予的票据权利。

（2）凡是通过连续背书取得的票据的，在票据上有名的持有人就合法取得票据权利。

（3）凡是取得票据时善意或无重大过失的就合法地取得票据权利。而以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。持票人因重大过失取得不符合票据法规定的票据的，也不得享有票据权利。

（4）凡是无对价或不以相当的对价取得的票据，不得享有优于前手的权利。

（三）票据权利的行使

1. 提示承兑

所谓提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为，即要求付款人承兑的行为。提示承兑是远期汇票提票人行使票据权利的一个必经程序，如果持票人没有在法定期限内做出提示承兑，持票人将失去请求付款人付款的权利，也丧失对其前手的追索权。

2. 提示付款

提示付款是票据持票人在法定期限内向付款人请求付款的行为。

非经背书转让，而以其他合法方式取得汇票的，依法举证，证明其权利。

3. 行使追索权

根据我国《票据法》规定：票据到期被拒绝付款的，持票人可以向票据债务人行使追索权。



汇票到期日前,有下列情形之一的,持票人也可以行使追索权:

- (1) 汇票被拒绝承兑的;
- (2) 承兑人或者付款人死亡、逃匿的;
- (3) 承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。

(四) 票据权利的消灭

我国《票据法》规定下列期限内当事人不行使票据权利的,票据权利取消。

- (1) 持票人对票据的出票人和承兑人的权利,自票据到期日起2年;见票即付的汇票、本票,自出票日起2年;
- (2) 持票人对支票出票人的权利,自出票日起6个月;
- (3) 持票人对前手的追索权,自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月;
- (4) 持票人对前手的再追索权,自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月。

持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的,仍享有民事权利,可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。

五、票据责任

票据责任或称票据义务是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务,是票据的有关当事人因实施特定票据行为(如出票、背书、承兑、保证等)而应当承担的义务,主要包括付款义务和偿还义务。

票据债务人承担票据义务一般有四种情况:

- (1) 汇票承兑人因承兑而应承担付款的义务;
- (2) 本票的出票人因出票而应承担的付款义务;
- (3) 支票付款人在与出票人有资金关系时承担的付款义务;
- (4) 汇票、本票、支票的背书人,汇票、支票的出票人,票据保证人,在票据不获承兑或不获付款时的付款清偿义务。

六、票据丧失的补救

票据丧失是指票据因灭失、遗失、被盗等原因而使票据权利人脱离对票据的占有。票据丧失后可以采取挂失止付、公示催告和诉讼三种形式补救。

(一) 挂失止付

挂失止付是指失票人将丧失票据的情况通知付款人或代理付款人,由接受通知的付款人或代理付款人审查后暂停支付的一种方式。

只有确定付款人或代理付款人的票据丧失时才可以进行挂失止付,具体包括:已承兑的商业汇票、支票、填明现金字样和代理付款人的银行汇票、填明现金字样的银行本票,可以采取挂失止付。

根据我国票据法及其相关规范规定:可以办理挂失止付的票据丧失的,失票人可以及时通知付款人或者代理付款人挂失止付。

失票人通知票据的付款人或者代理付款人挂失止付时,应当填写挂失止付通知书并签章。挂失止付通知书应当记载下列事项:

- ① 票据丧失的时间和事由;



② 票据种类、号码、金额、出票日期、付款日期、付款人名称、收款人名称；

③ 挂失止付人的名称、营业场所或者住所以及联系方式。

付款人或者代理付款人收到挂失止付通知书，应当立即暂停支付。但付款人或者代理付款人在收到挂失止付通知书前，已经依法向持票人付款的，不再接受挂失止付。

挂失止付不是一种效力确定的补救措施，失票人必须将其与其他法定措施结合起来，才能切实起到救济作用。我国《票据法》规定，失票人应当在通知挂失止付后 3 日内，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。

若失票人在法律规定的期间内，向法院采取了相应的措施，但被法院驳回或者撤回的，挂失止付应归于失效。若付款人或者代理付款人自收到挂失止付通知书之日起 12 日内没有收到人民法院的止付通知书的，自第 13 日起，挂失止付失效。

（二）公示催告

票据丧失公示催告是指在票据丧失后由失票人向人民法院提出申请，请求人民法院以公告方式通知不确定的利害关系人限期申请权利，逾期未申报者则权利失效，而由法院通过除权判决宣告所丧失的票据无效的行为。

公示催告的主要程序有：

（1）失票人提出申请。可以背书转让的票据持有人在票据被盗、遗失或灭失时，需以书面形式向票据支付地（即付款地）的基层人民法院提出公示催告申请，写明票据的种类、票面金额、出票人、付款人、背书人等票据主要内容，并说明票据丧失的情形，同时应提交有关证据，以证明自己确属丧失的票据持有人，有权提出申请。不过，失票人在向付款地挂失止付之前，或失票人在申请公示催告以前，票据已经由付款人善意付款的，或者票据债权已因时效届满或手续欠缺而消灭的，失票人不得提出公示催告的申请。

（2）法院审查，决定受理。人民法院接到失票人的公示催告申请后，即应进行审查，并决定是否受理。对于合法的申请，法院应通知付款人停止支付。付款人收到法院的停止支付通知后，应停止支付，直至公示催告程序终结。

（3）法院进行公示催告。法院决定受理申请后，应当在 3 日内以法定的方式进行公告，请票据权利人（主要是票据持有人）在一定的期限内向法院申报权利。按规定公示催告的期限由人民法院确定，但不得少于 60 日（涉外票据 90 日）。

（4）申报权利。票据权利人应当在公告载明的期限内向法院申报权利，并提示票据，证明自己的权利。否则，即丧失票据权利。不过票据权利人如果有正当理由不能在判决前向法院申报权利的，自知道或者应当知道判决公告之日起 1 年内，可以向做出判决的法院起诉。

（5）公示催告的终结。如果在法院确定的公示催告期间收到了有关判决权利人的权利申报，法院应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和付款人。如果申请人和申报人出现争议，申请人和申报人都可以另行向法院起诉，由法院审理后做出判决。如果公示催告期间届满后仍无人前来法院申报权利，失票人即可请示法院做出除权判决。

（三）诉讼

票据丧失的诉讼是指丧失票据的人自己作为原告，向人民法院起诉，请求判决被告（所丧失票据的承兑或出票人）人向其付款的诉讼活动。

诉讼应当在通知挂失后 3 日内，也可以在票据丧失后向人民法院提起。

如果与票据上的权利有利害关系的人是明确的，无须公示催告，可按一般票据纠纷向法院提起诉讼。这种诉讼在票据实务中很少见。



第二节 我国的支付结算法律制度

一、支付结算的基本要求

支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为。根据中国人民银行出台的《支付结算办法》规定办理支付结算必须遵守如下要求:

(1) 办理支付结算的机构必须有合法的资格,办理支付结算业务必须遵守国家法律、法规和《支付结算办法》的规定,不得损害社会公共利益。

银行、城市信用合作社、农村信用合作社(以下简称银行)是支付结算和资金清算的中介机构。除法律、行政法规另有规定的除外,未经中国人民银行批准的非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算业务。银行以及单位和个人(含个体工商户),办理支付结算必须遵守国家的法律、行政法规和《支付结算办法》的各项规定,不得损害社会公共利益。

(2) 单位、个人和银行应当按照中国人民银行有关银行账户管理的规定开立、使用账户。

(3) 在银行开立存款账户的单位和個人办理支付结算,除《支付结算办法》另有规定的外,账户内须有足够的资金保证支付;没有开立存款账户的个人向银行交付款项后,也可以通过银行办理支付结算。

(4) 必须使用中国人民银行统一规定印制的票据凭证和统一规定的结算凭证。

票据和结算凭证是办理支付结算的工具。单位、个人和银行办理支付结算,必须使用按中国人民银行统一规定印制的票据凭证和统一规定的结算凭证。未使用按中国人民银行统一规定印制的票据,票据无效;未使用中国人民银行统一规定格式的结算凭证,银行不予受理。

(5) 单位、个人和银行签发票据、填写结算凭证,应按照如下要求和《正确填写票据和结算凭证的基本规定》记载。

① 单位和银行的名称应当记载全称或者规范化简称。

② 票据和结算凭证金额以中文大写和阿拉伯数码同时记载,二者必须一致,二者不一致的票据无效;二者不一致的结算凭证,银行不予受理。少数民族地区和外国驻华使领馆根据实际需要,金额大写可以使用少数民族文字或者外国文字记载。

③ 票据和结算凭证上的签章,为签名、盖章或者签名加盖章。单位、银行在票据上的签章和单位在结算凭证上的签章,为该单位、银行的盖章加其法定代表人或其授权的代理人的签名或盖章。个人在票据和结算凭证上签章,应为该个人本名的签名或盖章。

(6) 票据和结算凭证更改应符合如下要求。

① 票据和结算凭证的金额、出票或签发日期、收款人名称不得更改,更改的票据无效;更改的结算凭证,银行不予受理。

② 对票据和结算凭证上的其他记载事项,原记载人可以更改,更改时应当由原记载人在更改处签章证明。

(7) 票据和结算凭证上的签章和其他记载事项应当真实,不得伪造、变造。票据上有伪造、变造的签章的,不影响票据上其他当事人真实签章的效力。

这里所称的伪造是指无权限人假冒他人或虚构人名义签章的行为。签章的变造属于伪造。



这里所称的变造是指无权更改票据内容的人，对票据上签章以外的记载事项加以改变的行为。

(8) 单位、个人和银行办理支付结算必须遵守下列原则：

- ① 恪守信用，履约付款；
- ② 谁的钱进谁的账，由谁支配；
- ③ 银行不垫款。

(9) 银行以善意且符合规定和正常操作程序审查，对伪造、变造的票据用结算凭证上的签章以及需要交验的个人有效身份证件，未发现异常而支付金额的，对出票人或付款人不再承担受委托付款的责任，对持票人或收款人不再承担付款的责任。

办理支付结算需要交验的个人有效身份证件是指居民身份证、军官证、警官证、文职干部证、士兵证、户口簿、护照、港澳台同胞回乡证等符合法律、行政法规以及国家有关规定的身份证件。

除法律另有规定的除外，依法背书转让的票据，任何单位和个人不得冻结票据款项。

(10) 银行必须依法为单位、个人在银行开立的基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户和临时存款账户的存款保密，维持其资金的自主支配支。除国家法律、行政法规国有规定外，对单位、个人在银行开立的上述存款账户的存款，银行不得为任何单位或者个人查询；除国家法律另有规定外，银行不代任何单位或者个人冻结、扣款，不得停止单位、个人存款的正常支付。

二、人民币银行结算账户

(一) 人民币银行结算账户的概念及其划分

1. 人民币银行结算账户的概念

根据《人民币银行结算账户管理办法》（以下简称《办法》）规定：银行结算账户，是指银行为存款人开立的办理资金收付结算的人民币活期存款账户。

这里讲的银行，是指在中华人民共和国境内依法经批准设立，可经营人民币支付结算业务的银行业金融机构，包括政策性银行、商业银行（含外资独资银行、中外合资银行、外国银行分行）、城市信用合作社、农村信用合作社。

这里的存款人，是指在中国境内开立银行结算账户的机关、团体、部队、企业、事业单位、其他组织（统称单位）、个体工商户和自然人。

2. 单位银行结算账户和个人银行结算账户

人民币银行结算账户按存款人分为单位银行结算账户和个人银行结算账户。

存款人以单位名称开立的银行结算账户为单位银行结算账户。个体工商户凭营业执照以字号或经营者姓名开立的银行结算账户纳入单位银行结算账户管理。

存款人凭个人身份证件以自然人名称开立的银行结算账户为个人银行结算账户。邮政储蓄机构办理银行卡业务开立的账户纳入个人银行结算账户管理。

3. 不同用途的人民币单位银行账户

(1) 基本存款账户是存款人因办理日常转账结算和现金收付需要开立的银行结算账户。

(2) 一般存款账户是存款人因借款或其他结算需要，在基本存款账户开户银行以外的银行营业机构开立的银行结算账户。



(3) 专用存款账户是存款人按照法律、行政法规和规章,对其特定用途资金进行专项管理和使用而开立的银行结算账户。

(4) 临时存款账户是存款人因临时需要并在规定期限内使用而开立的银行结算账户。

(二) 银行结算账户的开立

1. 开立银行账户的自主性和实名制

(1) 开立银行账户的自主性。存款人可以自主选择银行开立银行结算账户。除国家法律、行政法规和国务院规定外,任何单位和个人不得强令存款人到指定银行开立银行结算账户。存款人可到符合规定的银行申请开户。开户采用实名制、核准制或备案制。

(2) 开立银行账户采用实名制。存款人应以实名开立银行结算账户,并对其出具的开户申请资料实质内容的真实性负责,法律、行政法规另有规定的除外。单位开立银行结算账户的名称应与其提供的申请开户的证明文件的名称全称相一致。有字号的个体工商户开立银行结算账户的名称应与其营业执照的字号相一致;无字号的个体工商户开立银行结算账户的名称,由“个体户”字样和营业执照记载的经营者姓名组成。自然人开立银行结算账户的名称应与其提供的有效身份证件中的名称全称相一致。

2. 银行账户开立的核准制和备案制

(1) 核准制和开户许可证

存款人开立如下单位银行结算账户实行核准制:

- ① 基本存款账户;
- ② 临时存款账户(因注册验资和增资验资开立的除外);
- ③ 预算单位专用存款账户;
- ④ 合格境外机构投资者在境内从事证券投资开立的人民币特殊账户和人民币结算资金账户(以下简称“QFII 专用存款账户”)。

上述单位银行结算账户统称核准类银行结算账户。存款人申请开立核准类银行结算账户须经中国人民银行核准取得其颁发的开户许可证方可办理开户手续。

开户许可证是中国人民银行依法准予申请人在银行开立核准类银行结算账户的行政许可证件,是核准类银行结算账户合法性的有效证明,是记载单位银行结算账户信息的有效证明,存款人应按规定使用,并妥善保管。

开户许可证中载明下列事项:

- ① “开户许可证”字样;
- ② 开户许可证编号;
- ③ 开户核准号;
- ④ 中国人民银行当地分支行账户管理专用章;
- ⑤ 核准日期;
- ⑥ 存款人名称;
- ⑦ 存款人的法定代表人或单位负责人姓名;
- ⑧ 开户银行名称;
- ⑨ 账户性质;
- ⑩ 账号。



临时存款账户开户许可证除记载上述事项外，还应记载临时存款账户的有效期限。

(2) 备案制

存款人开立一般存款账户、个人银行结算账户和其他专用存款账户，即核准类银行结算账户之外的其他银行结算账户采用备案制。存款人申请开立不属于核准类的银行结算账户只须经受理开户的银行审查合格即可办理开户手续。

3. 申请开立基本存款账户

企业法人，非法人企业，机关、事业单位，社会团体，民办非企业组织，异地常设机构，个体工商户，单位设立的独立核算的附属机构都可以申请开立基本存款账户。存款人只能在银行开立一个基本存款账户。申请开立基本存款账户应向银行出具有关证明文件。

(1) 企业法人，应出具企业法人营业执照正本。

(2) 非法人企业，应出具企业营业执照正本。

(3) 机关和实行预算管理事业单位，应出具政府人事部门或编制委员会的批文或登记证书和财政部门同意其开户的证明；非预算管理的事业单位，应出具政府人事部门或编制委员会的批文或登记证书。

(4) 社会团体，应出具社会团体登记证书，宗教组织还应出具宗教事务管理部门的批文或证明。

(5) 民办非企业组织，应出具民办非企业登记证书。

(6) 外地常设机构，应出具其驻在地政府主管部门的批文。

(7) 个体工商户，应出具个体工商户营业执照正本。

(8) 独立核算的附属机构，应出具其主管部门的基本存款账户开户登记证和批文。

存款人为从事生产、经营活动纳税人的，还应出具税务部门颁发的税务登记证。

4. 申请开立一般存款账户

存款人申请开立一般存款账户，应向银行出具其开立基本存款账户规定的证明文件、基本存款账户开户许可证和下列证明文件：

(1) 存款人因向银行借款需要，应出具借款合同。

(2) 存款人因其他结算需要，应出具有关证明。

5. 申请开立专用存款账户

对下列资金的管理与使用，存款人可以申请开立专用存款账户：

(1) 基本建设资金；

(2) 更新改造资金；

(3) 财政预算外资金；

(4) 粮、棉、油收购资金；

(5) 证券交易结算资金；

(6) 期货交易保证金；

(7) 信托基金；

(8) 金融机构存放同业资金；

(9) 政策性房地产开发资金；

(10) 单位银行卡备用金；



- (11) 住房基金;
- (12) 社会保障基金;
- (13) 收入汇缴资金和业务支出资金;
- (14) 党、团、工会设在单位的组织机构经费;
- (15) 其他需要专项管理和使用的资金。

存款人申请开立专用存款账户,应向银行出具其开立基本存款账户规定的证明文件、基本存款账户开户登记证和相关证明文件。

6. 申请开立临时存款账户的条件

存款人有下列情况的可以申请开立临时存款账户:

- (1) 设立临时机构;
- (2) 异地临时经营活动;
- (3) 注册验资。

境外(含中国港、澳、台地区)机构在境内从事经营活动的,或境内单位在异地从事临时活动的,持政府有关部门批准其从事该项活动的证明文件,经中国人民银行当地分支行核准后可开立临时存款账户。

单位存款人因增资验资需要开立银行结算账户的,应持其基本存款账户开户许可证、股东会或董事会决议等证明文件,在银行开立一个临时存款账户。该账户的使用和撤销比照因注册验资开立的临时存款账户管理。

存款人为临时机构的,只能在其驻在地开立一个临时存款账户,不得开立其他银行结算账户。存款人在异地从事临时活动的,只能在其临时活动地开立一个临时存款账户。建筑施工及安装单位企业在异地同时承建多个项目的,可根据建筑施工及安装合同开立不超过项目合同个数的临时存款账户。

申请开立临时存款账户应出具的相关的文件。

7. 申请开立个人银行结算账户的条件

个人银行结算账户是自然人因投资、消费、结算等而开立的可办理支付结算业务的存款账户。有下列情况的,可以申请开立个人银行结算账户:

- (1) 使用支票、信用卡等信用支付工具的;
- (2) 办理汇兑、定期借记、定期贷记、借记卡等结算业务的。

自然人可根据需要申请开立个人银行结算账户,也可以在已开立的储蓄账户中选择并向开户银行申请确认为个人银行结算账户。

存款人申请开立个人银行结算账户,应向银行出具身份证明文件。银行为个人开立银行结算账户时,根据需要还可要求申请人出具户口簿、驾驶执照、护照等有效证件。

8. 异地开立银行结算账户的条件

存款人应在注册地或住所地开立银行结算账户。存款人有下列情形之一的,可以在异地开立有关银行结算账户:

- (1) 营业执照注册地与经营地不在同一行政区域(跨省、市、县)需要开立基本存款账户的。
- (2) 办理异地借款和其他结算需要开立一般存款账户的。



(3) 存款人因附属的非独立核算单位或派出机构发生的收入汇缴或业务支出需要开立专用存款账户的。

(4) 异地临时经营活动需要开立临时存款账户的。

(5) 自然人根据需要在异地开立个人银行结算账户的。

存款人需要在异地开立单位银行结算账户,除了要按不同用途提供与原地开立该类账户相同的有关证明文件外,还应出具下列相应的证明文件:

(1) 经营地与注册地不在同一行政区域的存款人,在异地开立基本存款账户的,应出具注册地中国人民银行分支行的未开立基本存款账户的证明。

(2) 异地借款的存款人,在异地开立一般存款账户的,应出具在异地取得贷款的借款合同。

(3) 因经营需要在异地办理收入汇缴和业务支出的存款人,在异地开立专用存款账户的,应出具隶属单位的证明。

属上述第二、三项情况的,还应出具其基本存款账户开户登记证。

存款人需要在异地开立个人银行结算账户,应出具的证明文件与原地申请开立个人银行结算账户的要求相同。

9. 开立银行结算账户的程序

(1) 开户申请

存款人申请开立单位银行结算账户时,可由法定代表人或单位负责人直接办理,也可授权他人办理。由法定代表人或单位负责人直接办理的,除出具相应的证明文件外,还应出具法定代表人或单位负责人的身份证件;授权他人办理的,除出具相应的证明文件外,还应出具其法定代表人或单位负责人的授权书及其身份证件,以及被授权人的身份证件。

存款人申请开立银行结算账户时,应填制开户申请书。开户申请书按照中国人民银行的规定记载有关事项。申请人应将申请书连同开户所需的证明文件送交开户行。

(2) 开户审查和审核

收到存款人开户申请的银行,应对存款人的开户申请书填写的事项和证明文件的真实性、完整性、合规性进行认真审查。

申请开立不属于核准类的银行结算账户的,如果开户申请书填写的事项齐全,符合相应的开立条件的,银行应办理开户手续。

申请开立核准类的银行结算账户的,如果开户申请书填写的事项齐全,符合相应开立条件的,银行应将存款人的开户申请书、相关的证明文件和银行审核意见等开户资料报送中国人民银行当地分支行。

中国人民银行应于2个工作日内对银行报送的开户资料的合规性予以审核,符合开户条件的,予以核准;不符合开户条件的,应在开户申请书上签署意见,连同有关证明文件一并退回报送银行。

(3) 开户办理及预留签章

对于不属于核准类的银行结算账户,接受存款人申请的银行在审查合格后即可直接办理开户手续,并于开户之日起5个工作日内向中国人民银行当地分支行备案。

对于核准类银行结算账户,存款人的开户申请只有得到人民银行核准后,报送银行方能为申请人办理开户手续。

银行为存款人开立银行结算账户,应与存款人签订银行结算账户管理协议,明确双方的权



利与义务。除中国人民银行另有规定的以外，应建立存款人预留签章卡片，并将签章式样和有关证明文件的原件或复印件留存归档。

存款人为单位的，其预留签章为该单位的公章或财务专用章加其法定代表人（单位负责人）或其授权的代理人的签名或者盖章。存款人为个人的，其预留签章为该个人的签名或者盖章。

银行在为存款人开立一般存款账户、专用存款账户和临时存款账户时，应在其基本存款账户开户许可证上登记账户名称、账号、账户性质、开户银行、开户日期，并签章。但临时机构和注册验资需要开立的临时存款账户除外。

（三）银行结算账户的使用

1. 单位存款账户的使用

（1）基本存款账户的使用

基本存款账户是存款人的主办账户。存款人日常经营活动的资金收付及其工资、奖金和现金的支取，应通过该账户办理。

（2）一般存款账户的使用

一般存款账户用于办理存款人借款转存、借款归还和其他结算的资金收付。该账户可以办理现金缴存，但不得办理现金支取。

（3）专用存款账户的使用

专用存款账户用于办理各项专用资金的收付。

单位银行卡账户的资金必须由其基本存款账户转账存入。该账户不得办理现金收付业务。

财政预算外资金、证券交易结算资金、期货交易保证金和信托基金专用存款账户不得支取现金。

收入汇缴账户除向其基本存款账户或预算外资金财政专用存款户划缴款项外，只收不付，不得支取现金。业务支出账户除从其基本存款账户拨入款项外，只付不收，其现金支取必须按照国家现金管理的规定办理。

（4）临时存款账户的使用

临时存款账户用于办理临时机构以及存款人临时经营活动发生的资金收付。

临时存款账户应根据有关开户证明文件确定的期限或存款人的需要确定其有效期限。存款人在账户的使用中需要延长期限的，应在有效期限内向开户银行提出申请，并由开户银行报中国人民银行当地分支行核准后办理展期。临时存款账户的有效期最长不得超过2年。

临时存款账户支取现金，应按照国家现金管理的规定办理。

注册验资的临时存款账户在验资期间只收不付，注册验资资金的汇缴人应与出资人的名称一致。

2. 个人存款账户的使用

个人银行结算账户用于办理个人转账收付和现金存取。下列款项可以转入个人银行结算账户：

- （1）工资、奖金收入；
- （2）稿费、演出费等劳务收入；
- （3）债券、期货、信托等投资的本金和收益；
- （4）个人债权或产权转让收益；



- (5) 个人贷款转存;
- (6) 证券交易结算资金和期货交易保证金;
- (7) 继承、赠与款项;
- (8) 保险理赔、保费退还等款项;
- (9) 纳税退还;
- (10) 农、副、矿产品销售收入;
- (11) 其他合法款项。

3. 从单位存款账户支付给个人银行结算账户的有关规定

(1) 单位从其银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项, 每笔超过 5 万元的, 应向其开户银行提供有关付款依据。

(2) 从单位银行结算账户支付给个人银行结算账户的款项应纳税的, 税收代扣单位付款时应向其开户银行提供完税证明。

有下列情形之一的, 个人应出具单位上述规定的有关收款依据: 个人持出票人为单位的支票向开户银行委托收款, 将款项转入其个人银行结算账户的; 个人持申请人为单位的银行汇票和银行本票向开户银行提示付款, 将款项转入其个人银行结算账户的。

(3) 单位银行结算账户支付给个人银行结算账户款项的, 银行应按规定认真审查付款依据或收款依据的原件, 并留存复印件, 按会计档案保管。未提供相关依据或相关依据不符合规定的, 银行应拒绝办理。

4. 账户使用的其他规定

存款人开立单位银行结算账户, 自正式开立之日起 3 个工作日后, 方可办理付款业务。但注册验资的临时存款账户转为基本存款账户和因借款转存开立的一般存款账户除外。

储蓄账户仅限于办理现金存取业务, 不得办理转账结算。

银行应按规定与存款人核对账务。银行结算账户的存款人收到对账单或对账信息后, 应及时核对账务并在规定期限内向银行发出对账回单或确认信息。

存款人应按规定使用银行结算账户办理结算业务。存款人不得出租、出借银行结算账户, 不得利用银行结算账户套取银行信用。

(四) 银行结算账户的变更与撤销

1. 银行结算账户的变更

银行结算账户的变更是指账户记载事项发生变更。依《人民币银行结算账户管理办法规定》:

(1) 存款人更改名称, 但不改变开户银行及账号的, 应于 5 个工作日内向开户银行提出银行结算账户的变更申请, 并出具有关部门的证明文件。

(2) 单位的法定代表人或主要负责人、住址以及其他开户资料发生变更时, 应于 5 个工作日内书面通知开户银行并提供有关证明。

(3) 银行接到存款人的变更通知后, 应及时办理变更手续, 并于 2 个工作日内向中国人民银行报告。

2. 银行结算账户的撤销

银行结算账户的撤销是指存款人因开户资格或其他原因终止银行结算账户使用的行为。



根据规定,有下列情形之一的,存款人应向开户银行提出撤销银行结算账户的申请:

- (1) 被撤并、解散、宣告破产或关闭的;
- (2) 注销、被吊销营业执照的;
- (3) 因迁址需要变更开户银行的;
- (4) 其他原因需要撤销银行结算账户的。

存款人有上述第一、二项情形的,应于5个工作日内向开户银行提出撤销银行结算账户的申请。存款人因上述一、二项原因撤销基本存款账户的,存款人基本存款账户的开户银行应自撤销银行结算账户之日起2个工作日内将撤销该基本存款账户的情况书面通知该存款人其他银行结算账户的开户银行;存款人其他银行结算账户的开户银行,应自收到通知之日起2个工作日内通知存款人撤销有关银行结算账户;存款人应自收到通知之日起3个工作日内办理其他银行结算账户的撤销。

银行得知存款人上述一、二项情况,存款人超过规定期限未主动办理撤销银行结算账户手续的,银行有权停止其银行结算账户的对外支付。

未获得工商行政管理部门核准登记的单位,在验资期满后,应向银行申请撤销注册验资临时存款账户,其账户资金应退还给原汇款人账户。注册验资资金以现金方式存入,出资人需提取现金的,应出具缴存现金时的现金缴款单原件及其有效身份证件。

存款人撤销银行结算账户,必须与开户银行核对银行结算账户存款余额,交回各种重要空白票据及结算凭证和开户登记证,银行核对无误后方可办理销户手续。存款人未按规定交回各种重要空白票据及结算凭证的,应出具有关证明,造成损失的,由其自行承担。

银行撤销单位银行结算账户时应在其基本存款账户开户登记证上注明销户日期并签章,同时于撤销银行结算账户之日起2个工作日内,向中国人民银行报告。

银行对一年未发生收付活动且未欠开户银行债务的单位银行结算账户,应通知单位自发出通知之日起30日内办理销户手续,逾期视同自愿销户,未划转款项列入久悬未取专户管理。

(五) 存款人违反人民币银行结算账户管理办法的法律责任

1. 存款人违规开立、撤销银行结算账户的行为及其法律

《办法》规定:存款人开立、撤销银行结算账户,不得有下列行为:

- (1) 违反本办法规定开立银行结算账户。
- (2) 伪造、变造证明文件欺骗银行开立银行结算账户。
- (3) 违反本办法规定不及时撤销银行结算账户。

非经营性的存款人,有上述所列行为之一的,给予警告并处以1000元的罚款;经营性的存款人有上述所列行为之一的,给予警告并处以1万元以上3万元以下的罚款;构成犯罪的,移交司法机关依法追究刑事责任。

2. 存款人违规使用银行结算账户的行为及其法律责任

《办法》规定:存款人使用银行结算账户,不得有下列行为:

- (1) 违反本办法规定将单位款项转入个人银行结算账户。
- (2) 违反本办法规定支取现金。
- (3) 利用开立银行结算账户逃废银行债务。
- (4) 出租、出借银行结算账户。



(5) 从基本存款账户之外的银行结算账户转账存入、将销货收入存入或现金存入单位信用卡账户。

(6) 法定代表人或主要负责人、存款人地址以及其他开户资料的变更事项未在规定期限内通知银行。

非经营性的存款人有上述所列一至五项行为的，给予警告并处以 1 000 元罚款；经营性的存款人有上述所列一至五项行为的，给予警告并处以 5 000 元以上 3 万元以下的罚款；存款人有上述所列第六项行为的，给予警告并处以 1 000 元的罚款。

三、正确填写票据和结算凭证的基本规定

银行、单位和个人填写的各种票据和结算凭证是办理支付结算和现金收付的重要依据，直接关系到支付结算的准确、及时和安全。票据和结算凭证是银行、单位和个人凭以记载账务的会计凭证，是记载经济业务和明确经济责任的一种书面证明。因此，填写票据和结算凭证，必须做到标准化、规范化，要素齐全、数字正确、字迹清晰、不错漏、不潦草，防止涂改。

(1) 中文大写金额数字应用正楷或行书填写，如壹（壹）、贰（贰）、叁、肆（肆）、伍（伍）、陆（陆）、柒、捌、玖、拾、佰、仟、万（万）、亿、元、角、分、零、整（正）等字样。不得用一、二（两）、三、四、五、六、七、八、九、十、念、毛、另（或 0）填写，不得自造简化字。如果金额数字书写中使用繁体字，如贰、陆、亿、万、圆的，也应受理。

(2) 中文大写金额数字到“元”为止的，在“元”之后，应写“整”（或“正”）字，在“角”之后可以不写“整”（或“正”）字。大写金额数字有“分”的，“分”后面不写“整”（或“正”）字。

(3) 中文大写金额数字前应标明“人民币”字样，大写金额数字应紧接“人民币”字样填写，不得留有空白。大写金额数字前未印“人民币”字样的，应加填“人民币”三字。在票据和结算凭证大写金额栏内不得预印固定的“仟、佰、拾、万、仟、佰、拾、元、角、分”字样。

(4) 阿拉伯小写金额数字中有“0”时，中文大写应按照汉语语言规律、金额数字构成和防止涂改的要求进行书写。举例如下：

① 阿拉伯数字中间有“0”时，中文大写金额要写“零”字。如 ¥1,409.50，应写成人民币壹仟肆佰零玖元伍角。

② 阿拉伯数字中间连续有几个“0”时，中文大写金额中间可以只写一个“零”字。如 ¥6,007.14，应写成人民币陆仟零柒元壹角肆分。

③ 阿拉伯金额数字万位或元位是“0”，或者数字中间连续有几个“0”，万位、元位也是“0”，但千位、角位不是“0”时，中文大写金额中可以只写一个零字，也可以不写“零”字。如 ¥1,680.32，应写成人民币壹仟陆佰捌拾元零叁角贰分，或者写成人民币壹仟陆佰捌拾元叁角贰分；又如 ¥107,000.53，应写成人民币壹拾万柒仟元零伍角叁分，或者写成人民币壹拾万零柒仟元伍角叁分。

④ 阿拉伯金额数字角位是“0”，而分位不是“0”时，中文大写金额“元”后面应写“零”字。如 ¥16,409.02，应写成人民币壹万陆仟肆佰零玖元零贰分；又如 ¥325.04，应写成人民币叁佰贰拾伍元零肆分。

(5) 阿拉伯小写金额数字前面，均应填写人民币符号“¥”（或草写：¥）。阿拉伯小写金额数字要认真填写，不得连写分辨不清。

(6) 票据的出票日期必须使用中文大写。为防止变造票据的出票日期，在填写月、日时，



月为壹、贰和壹拾的，日为壹至玖和壹拾、贰拾和叁拾的，应在其前加“零”；日为拾壹至拾玖的，应在其前加“壹”。如1月15日，应写成零壹月壹拾伍日。再如10月20日，应写成零壹拾月零贰拾日。

(7) 票据出票日期使用小写填写的，银行不予受理。大写日期未按要求规范填写的，银行可予受理，但由此造成损失的，由出票人自行承担。

四、票据结算

(一) 银行汇票

1. 我国银行汇票的基本规定

(1) 银行汇票的出票银行为银行汇票的付款人。

(2) 银行汇票的出票和付款，全国范围限于中国人民银行和各商业银行参加“全国联行往来”的银行机构办理。跨系统银行签发的转账银行汇票的付款，应通过同城票据交换将银行汇票和解讫通知提交给同城的有关银行审核支付后抵用。代理付款人不得受理未在本行开立存款账户的持票人为单位直接提交的银行汇票。省、自治区、直辖市内和跨省、市的经济区域内银行汇票和付款，按照有关规定办理。银行汇票的代理付款人是代理本系统出票银行或跨系统签约银行审核支付汇票款项的银行。

(3) 单位和个人各种款项结算，均可使用银行汇票。银行汇票可以用于转账，填明“现金”字样的银行汇票也可以用于支取现金。

(4) 银行汇票必须记载下列事项：表明“银行汇票”的字样；无条件支付的承诺；出票金额；付款人名称；收款人名称；出票日期；出票人签章。欠缺记载上列事项之一的，银行汇票无效。

(5) 银行汇票的提示付款期限自出票日起1个月。持票人超过付款期限提示付款的，代理付款人不予受理。

(6) 银行汇票丧失，失票人可以凭人民法院出具的其享有票据权利的证明，向出票银行请求付款或退款。

2. 办理银行汇票的有关规定

(1) 申请人使用银行汇票，应向出票银行填写“银行汇票申请书”，填明收款人名称、汇票金额、申请人名称、申请日期等事项并签章，签章为其预留银行的签章。

(2) 申请人和收款人均为个人，需要使用银行汇票向代理付款人支取现金的，申请人须在“银行汇票申请书”上填明代理付款人名称，在“汇票金额”栏先填写“现金”字样，后填写汇票金额。申请人或者收款人为单位的，不得在“银行汇票申请书”上填明“现金”字样。

(3) 出票银行受理银行汇票申请书，收妥款项后签发银行汇票，并用压数机压印出票金额，将银行汇票和解讫通知一并交给申请人。

(4) 签发转账银行汇票，不得填写代理付款人名称，但由人民银行代理兑付银行汇票的商业银行，向设有分支机构地区签发转账银行汇票的除外。

(5) 签发现金银行汇票，申请人和收款人必须均为个人，收妥申请人交存的现金后，在银行汇票“出票金额”栏先填写“现金”字样，后填写出票金额，并填写代理付款人名称。申请人或者收款人为单位的，银行不得为其签发现金银行汇票。

(6) 申请人应将银行汇票和解讫通知一并交付给汇票上记明的收款人。



3. 银行汇票兑付的有关规定

(1) 收款人受理银行汇票时, 应审查下列事项: 银行汇票和解讫通知书是否齐全、汇票号码和记载的内容是否一致; 收款人是否确为本单位或本人; 银行汇票是否在提示付款期限内; 必须记载的事项是否齐全; 出票人签章是否符合规定, 是否有压数机压印的出票金额, 并与大写出票金额一致; 出票金额、出票日期、收款人名称是否更改, 更改的其他记载事项是否由原记载人签章证明。

(2) 收款人受理申请人交付的银行汇票时, 应在出票金额以内, 根据实际需要的款项办理结算, 并将实际结算金额和多余金额准确、清晰地填入银行汇票和解讫通知的有关栏内。未填明实际结算金额和多余金额或实际结算金额超过出票金额的, 银行不予受理。

(3) 银行汇票的实际结算金额不得更改, 更改实际结算金额的银行汇票无效。

(4) 收款人可以将银行汇票背书转让给被背书人。银行汇票的背书转让以不超过出票金额的实际结算金额为准。未填写实际结算金额或实际结算金额超过出票金额的银行汇票不得背书转让。

(5) 被背书人受理银行汇票时, 除审查上述收款人应审查的事项外, 还应审查下列事项: 银行汇票是否记载实际结算金额, 有无更改, 其金额是否超过出票金额; 背书是否连续, 背书人签章是否符合规定, 背书使用粘单的是否按规定签章; 背书人为个人的身份证件。

(6) 持票人向银行提示付款时, 必须同时提交银行汇票和解讫通知, 缺少任何一联, 银行不予受理。

(7) 在银行开立存款账户的持票人向开户银行提示付款时, 应在汇票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章, 签章须与预留银行签章相同, 并将银行汇票和解讫通知、进账单送交开户银行。银行审查无误后办理转账。

(8) 未在银行开立存款账户的个人持票人, 可以向选择的任何一家银行机构提示付款。提示付款时, 应在汇票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章, 并填明本人身份证件名称、号码及发证机关, 由其本人向银行提交身份证件及其复印件。银行审核无误后, 将其身份证件复印件留存备查, 并以持票人的姓名开立应解汇款及临时存款账户, 该账户只付不收, 付完清户, 不计付利息。

转账支付的, 应由原持票人向银行填制支款凭证, 并由本人交验其身份证件办理支付款项。该账户的款项只能转入单位或个体工商户的存款账户, 严禁转入储蓄和信用卡账户。

支取现金的, 银行汇票上必须有出票银行按规定填明的“现金”字样, 才能办理。未填明“现金”字样, 需要支取现金的, 由银行按照国家现金管理规定审查支付。

持票人对填明“现金”字样的银行汇票, 需要委托他人向银行提示付款的, 应在银行汇票背面背书栏签章, 记载“委托收款”字样、被委托人姓名和背书日期以及委托人身份证件名称、号码、发证机关。被委托人向银行提示付款时, 也应在银行汇票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章, 记载证件名称、号码及发证机关, 并同时向银行交验委托人和被委托人的身份证件及其复印件。

(9) 银行汇票的实际结算金额低于出票金额的, 其多余金额由出票银行退交申请人。

(10) 持票人超过期限向代理付款银行提示付款不获付款的, 须在票据权利时效内向出票银行做出说明, 并提供本人身份证件或单位证明, 持银行汇票和解讫通知向出票银行请求付款。

(11) 申请人因银行汇票超过付款提示期限或其他原因要求退款时, 应将银行汇票和解讫通知同时提交到出票银行。申请人为单位的, 应出具该项单位的证明; 申请人为个人的, 应出



具本人的身份证件。对于代理付款银行查询的该张银行汇票，应在汇票提示付款期满后方能办理退款。出票银行对于转账银行汇票的退款，只能转入原申请人账户；对于符合规定填明“现金”字样银行汇票的退款，才能退付现金。申请人缺少解讫通知要求退款的，出票银行应于银行汇票提示付款期满 1 个月后办理。

附：

汇款单位或个人 银行汇票申请人		3→ 使用汇票办理结算	收款人
1 ↑ 申 请 办 理 银 行 汇 票	2 ↑ 签 发 银 行 汇 票		4 ↑ 持 汇 票 办 理 兑 付
汇款人开户行 发票人（付款人）		5←通知汇票已解付 6→银行划款	代理付款行 收款人开户行

（二）商业汇票

商业汇票是出票人签发的，委托付款人在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。商业汇票分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。商业承兑汇票由银行以外的付款人承兑。银行承兑汇票由银行承兑。

1. 商业汇票的基本规定

（1）在银行开立存款账户的法人以及其他组织之间，必须具有真实的交易关系或债权债务关系，才能使用商业汇票。商业汇票的付款人为承兑人。

（2）签发商业汇票必须记载下列事项：表明“商业承兑汇票”或“银行承兑汇票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；收款人名称；出票日期；出票人签章。

欠缺记载上列事项之一的，商业汇票无效。

（3）出票人不得签发无对价的商业汇票用以骗取银行或者其他票据当事人的资金。

（4）商业汇票可以在出票时向付款人提示承兑后使用，也可以在出票后先使用再向付款人提示承兑。定日付款或者出票后定期付款的商业汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起 1 个月内向付款人提示承兑。汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

（5）商业汇票的付款人接到出票人或持票人向其提示承兑的汇票时，应当向出票人或持票人签发收到汇票的回单，记明汇票提示承兑日期并签章。付款人应当在自收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或者拒绝承兑。付款人拒绝承兑的，必须出具拒绝承兑的证明。

（6）商业汇票的承兑银行，必须具备下列条件：与出票人具有真实的委托付款关系；具有支付汇票金额的可靠资金；内部管理完善，经其法人授权的银行审定。

（7）付款人承兑商业汇票，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章。付款人承兑商业汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。

（8）商业汇票的付款期限，最长不得超过 6 个月。定日付款的汇票付款期限自出票日起计



算,并在汇票上记载具体的到期日。出票后定期付款的汇票付款期限自出票日起按月计算,并在汇票上记载。见票后定期付款的汇票付款期限自承兑或拒绝承兑日起按月计算,并在汇票上记载。

(9) 商业汇票的提示付款期限,自汇票到期日起 10 日。持票人应在提示付款期限内通过开户银行委托收款或直接向付款人提示付款。对异地委托收款的,持票人可匡算邮程,提前通过开户银行委托收款。持票人超过提示付款期限提示付款的,持票人开户银行不予受理。

(10) 存款人领购商业汇票,必须填写“票据和结算凭证领用单”并签章,签章应与预留银行的签章相符。存款账户结清时,必须将全部剩余空白商业汇票交回银行注销。

2. 商业汇票贴现的基本规定

商业汇票贴现是指商业汇票的持票人将未到期的商业汇票转让给银行,银行将票面金额扣除贴现利息后将余额付给持票人的一种融通资金行为。

(1) 商业汇票的持票人向银行办理贴现必须具备下列条件:在银行开立存款账户的企业法人以及其他组织;与出票人或者直接前手之间具有真实的商品交易关系;提供与其直接前手之间的增值税发票和商品发运单据复印件。

(2) 符合条件的商业汇票的持票人可持未到期的商业汇票连同贴现凭证向银行申请贴现。贴现银行可持未到期的商业汇票向其他银行转贴现,也可向中国人民银行申请再贴现。贴现、转贴现、再贴现时,应做成转让背书,并提供贴现申请人与其直接前手之间的增值税发票和商品发运单据复印件。

(3) 贴现、转贴现和再贴现的期限从其贴现之日起至汇票到期日止。实付贴现金额按票面金额扣除贴现日至汇票到期前 1 日的利息计算。承兑人在异地的,贴现、转贴现和再贴现的期限以及贴现利息的计算应另加 3 天的划款日期。

(4) 贴现、转贴现、再贴现到期,贴现、转贴现、再贴现银行应向付款人收取票款。不获付款的,贴现、转贴现、再贴现银行应向其前手追索票款。贴现、再贴现银行追索票款时可从申请人的存款账户收取票款。

3. 商业承兑汇票的基本规定

(1) 商业承兑汇票的出票人,为在银行开立存款账户的法人以及其他组织,与付款人具有真实的委托付款关系,具有支付汇票金额的可靠资金来源。

(2) 商业承兑汇票可以由付款人签发并承兑,也可以由收款人签发交由付款人承兑。

(3) 商业承兑汇票的付款人开户银行收到通过委托收款寄来的商业承兑汇票,将商业承兑汇票留存,并及时通知付款人。

(4) 商业承兑汇票付款人收到开户银行的付款通知,应在当日通知银行付款。付款人在接到通知日的次日起 3 日内(遇法定节假日顺延,下同)未通知银行付款的,视同付款人承诺付款,银行应于付款人接到通知日的次日起第 4 日(法定节假日顺延,下同)上午开始营业时,将票款划给持票人。付款人提前收到由其承兑的商业汇票,应通知银行于汇票到期日付款。付款人在接到通知日的次日起 3 日内未通知银行付款,付款人接到通知日的次日起第 4 日在汇票到期日之前的,银行应于汇票到期日将票款划给持票人。

(5) 银行在办理划款时,付款人存款账户不足以支付的,应填制付款人未付票款通知书,连同商业承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。

(6) 商业承兑汇票付款人存在合法抗辩事由拒绝支付的,应自接到通知日的次日起 3 日内,



做成拒绝付款证明送交开户银行，银行将拒绝付款证明和商业承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。

4. 银行承兑汇票的基本规定

(1) 银行承兑汇票的出票人必须具备下列条件：在承兑银行开立存款账户的法人以及其他组织；与承兑银行具有真实的委托付款关系；资信状况良好，具有支付汇票金额的可靠资金来源。

(2) 银行承兑汇票应由在承兑银行开立存款账户的存款人签发。

(3) 银行承兑汇票的出票人或持票人向银行提示承兑时，银行的信贷部门负责按照有关规定和审批程序，对出票人的资格、资信、购销合同和汇票记载的内容进行认真审查，必要时可由出票人提供担保。符合规定和承兑条件的，与出票人签订承兑协议。

(4) 银行承兑汇票的承兑银行，应按票面金额向出票人收取万分之五的手续费。

(5) 银行承兑汇票的出票人应于汇票到期前将票款足额交存其开户银行。承兑银行应在汇票到期日或到期日后的见票当日支付票款。承兑银行存在合法抗辩事由拒绝支付的，应自接到商业汇票的次日起3日内，做成拒绝付款证明，连同商业银行承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。

(6) 银行承兑汇票的出票人于汇票到期日未能足额交存票款时，承兑银行除凭票向持票人无条件付款外，对出票人尚未支付的汇票金额按照每天万分之五计收利息。

(三) 银行本票

银行本票是银行签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

1. 银行本票的基本规定

(1) 单位和个人在同一票据交换区域需要支付各种款项，均可以使用银行本票。

(2) 银行本票可以用于转账，注明“现金”字样的银行本票可以用于支取现金。

(3) 银行本票分为不定额本票和定额本票两种。定额银行本票面额为1 000元、5 000元、1万元和5万元。

(4) 银行本票的出票人，为经中国人民银行当地分支行批准办理银行本票业务的银行机构。

(5) 签发银行本票必须记载下列事项：表明“银行本票”的字样；无条件支付的承诺；确定的金额；收款人名称；出票日期；出票人签章。

欠缺记载上列事项之一的，银行本票无效。

(6) 银行本票的提示付款期限自出票日起最长不得超过2个月。持票人超过付款期限提示付款的，代理付款人不予受理。

银行本票的代理付款人是代理出票银行审核支付银行本票款项的银行。

(7) 银行本票丧失，失票人可以凭人民法院出具的其享有票据权利的证明，向出票银行请求付款或退款。

2. 办理银行本票的程序

(1) 申请人使用银行本票，应向银行填写“银行本票申请书”，填明收款人名称、申请人名称、支付金额、申请日期等事项并签章。申请人和收款人均为个人需要支取现金的，应在“支付金额”栏先填写“现金”字样，后填写支付金额。申请人或收款人为单位的，不得申请签发



现金银行本票。

(2) 出票银行受理银行本票申请书, 收妥款项签发银行本票。用于转账的, 在银行本票上划去“现金”字样; 申请人和收款人均为个人需要支取现金的, 在银行本票上划去“转账”字样。不定额银行本票用压数机压印出票金额。出票银行在银行本票上签章后交给申请人。申请人或收款人为单位的, 银行不得为其签发现金银行本票。

(3) 申请人应将银行本票交付给本票上记明的收款人。收款人受理银行本票时, 应审查下列事项: 收款人是否确为本单位或本人; 银行本票是否在提示付款期限内; 必须记载的事项是否齐全; 出票人签章是否符合规定, 不定额银行本票是否有压数机压印的出票金额, 并与大写出票金额一致; 出票金额、出票日期、收款人名称是否更改, 更改的其他记载事项是否由原记载人签章证明。

(4) 收款人可以将银行本票背书转让给被背书人。被背书人受理银行本票时, 除审查上述收款人应审查的事项外, 还应审查下列事项: 背书是否连续, 背书人签章是否符合规定, 背书使用粘单的是否按规定签章; 背书人为个人的身份证件。

(5) 银行本票见票即付。在银行开立存款账户的持票人向开户银行提示付款时, 应在银行本票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章, 签章须与预留银行签章相同, 并将银行本票、进账单送交开户银行。银行审查无误后办理转账。

未在银行开立存款账户的个人持票人, 凭注明“现金”字样的银行本票向出票银行支取现金的, 应在银行本票背面签章, 记载本人身份证件名称、号码及发证机关, 并交验本人身份证件及其复印件。持票人对注明“现金”字样的银行本票需要委托他人向出票银行提示付款的, 应在银行本票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章, 记载“委托收款”字样、被委托人姓名和背书日期以及委托人身份证件名称、号码、发证机关。被委托人向出票银行提示付款时, 也应在银行本票背面“持票人向银行提示付款签章”处签章, 记载证件名称、号码及发证机关, 并同时交验委托人和被委托人的身份证件及其复印件。

跨系统银行本票的兑付, 持票人开户银行可根据中国人民银行规定的金融机构同业往来利率向出票银行收取利息。

(6) 持票人超过提示付款期限不获付款的, 在票据权利时效内向出票银行做出说明, 并提供本人身份证件或单位证明, 可持银行本票向出票银行请求付款。

(7) 申请人因银行本票超过提示付款期限或其他原因要求退款时, 应将银行本票提交到出票银行, 申请人为单位的, 应出具该单位的证明; 申请人为个人的, 应出具该本人的身份证件。出票银行对于在本行开立存款账户的申请人, 只能将款项转入原申请人账户; 对于现金银行本票和未在本行开立存款账户的申请人, 才能退付现金。

(四) 支票

支票是出票人签发的, 委托办理支票存款业务的银行在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票的出票人, 为在经中国人民银行当地分支行批准办理支票业务的银行机构开立可以使用支票的存款账户的单位和個人。支票的付款人为支票上记载的出票人开户银行。

1. 基本规定

(1) 单位和个人在同一票据交换区域的各种款项结算, 均可以使用支票。

(2) 支票上印有“现金”字样的为现金支票, 现金支票只能用于支取现金。支票上印有“转



账”字样的为转账支票，转账支票只能用于转账。支票上未印有“现金”或“转账”字样的为普通支票，普通支票可以用于支取现金，也可以用于转账。在普通支票左上角画两条平行线的，为划线支票，划线支票只能用于转账，不得支取现金。

(3) 签发票据必须记载下列事项：表明“支票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；出票日期；出票人签章。

欠缺记载上列事项之一的，支票无效。

支票的金额、收款人名称，可以由出票人授权补记。未补记前不得背书转让和提示付款。

(4) 支票的提示付款期限为自出票日起 10 日，但中国人民银行另有规定的除外。超过提示付款期限提示付款的，持票人开户银行不予受理，付款人不予付款。

2. 支票签发与使用的基本规定

(1) 签发票据应使用碳素墨水或墨汁填写，中国人民银行另有规定的除外。支票的出票人签发票据的金额不得超过付款时在付款人处实有的存款金额。禁止签发空头支票。

(2) 支票的出票人预留银行签章是银行审核支票付款的依据。银行也可以与出票人约定使用支付密码，作为银行审核支付支票金额的条件。

(3) 出票人不得签发与其预留银行签章不符的支票；使用支付密码的，出票人不得签发支付密码错误的支票。

(4) 出票人签发空头支票、签章与预留银行签章不符的支票、使用支付密码地区，支付密码错误的支票，银行应予以退票，并按票面金额处以 5% 但不低于 1 000 元的罚款；持票人有权要求出票人赔偿支票金额 2% 的赔偿金。对屡次签发的，银行应停止其签发票据。

(5) 持票人可以委托开户银行收款或直接向付款人提示付款。用于支取现金的支票仅限于收款人向付款人提示付款。持票人委托开户银行收款的支票，银行应通过票据交换系统收妥后入账。

(6) 持票人委托开户银行收款时，应作委托收款背书，在支票背面背书人签章栏签章、记载“委托收款”字样、背书日期，在被背书人栏记载开户银行名称，并将支票和填制的进账单送交开户银行。

(7) 持票人持用于转账的支票向付款人提示付款时，应在支票背面背书人签章栏签章，并将支票和填制的进账单交送出票人开户银行。

(8) 收款人持用于支取现金的支票向付款人提示付款时，应在支票背面“收款人签章”处签章，持票人为个人的，还需交验本人身份证件，并在支票背面注明证件名称、号码及发证机关。

(9) 出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在见票当日足额付款。

(10) 存款人领购支票，必须填写“票据和结算凭证领用单”并签章，签章应与预留银行的签章相符。存款账户结清时，必须将全部剩余空白支票交回银行注销。

五、银行信用卡结算

(一) 银行信用卡的有关区别

银行信用卡是商业银行向个人和单位发行的，凭以向特约单位购物、消费和向银行存取现金，且具有消费信用的特制载体卡片。我国当今使用的银行信用卡包括贷记卡、准贷记卡两类。

贷记卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度，持卡人可在信用额度内先消费、后还款的信用卡。



准贷记卡是指持卡人须先按发卡银行要求交存一定金额的备用金,当备用金账户余额不足支付时,可在发卡银行规定的信用额度内透支的信用卡。

贷记卡和准贷记卡都具有一定的透支功能。

银行信用卡基本形式是一张附有证明的卡片,通常用特殊塑料制成,其标准为:卡片长 85.72mm、宽 53.975mm、厚 0.762mm(国内标准与国际标准一致),上面印有发行银行的名称、有效期、号码、持卡人姓名等内容。我国目前发行的信用卡主要有:牡丹卡、长城卡、万事达卡、维萨卡、金穗卡、龙卡、太平洋卡等。

银行信用卡只属于银行卡,所谓银行卡是对商业银行(含邮政金融机构)向社会发行的各种具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部分功能的信用支付工具的统称。银行卡除了信用卡外还有贷记卡。贷记卡不具有透支功能。

银行借记卡按功能不同分为转账卡(含储蓄卡)、专用卡、储值卡。转账卡是实时扣账的借记卡,具有转账计算、存取现金和消费功能;专用卡是具有专门用途、在特定区域使用的借记卡,具有转账计算、存取现金功能,专门用途是指在百货、餐饮、饭店、娱乐行业以外的用途;储值卡是发卡银行根据持卡人要求将其资金转至卡内储存,交易时直接从卡内扣款的预付钱包式借记卡。

银行卡按使用对象分为单位卡(商务卡)和个人卡;按信誉等级分为金卡和普通卡;按币种不同分为人民币卡、外币卡;按信息载体不同分为磁条卡、芯片(IC)卡。

(二) 单位银行信用卡的申领范围

凡在中国境内金融机构开立基本存款账户的单位可申请领单位卡,单位卡可申领若干张,持卡人资格由申领单位法定代表人或其委托的代理人书面指定和注销。

(三) 单位申请信用卡的程序

(1) 向发行信用卡的银行提出申请

根据《银行卡业务管理办法》规定,凡在中国境内金融机构开立基本存款账户的单位,应当凭中国人民银行核发的开户许可证申领单位卡。

申请办理信用卡的单位应填写银行卡申请表,签订合约,并连同有关资料一并送交发卡银行。向发卡银行提供的资料应当真实,并按照发卡银行规定向其提供符合条件的担保。

(2) 发卡行审查和通知

发卡行对收到的申请书,应对其项目、内容进行认真审查,并通过打电话或写信等方式向申请人的单位或有关银行证实申请人的职业、收入、信誉等情况,并向担保人说明担保责任。经审查符合发卡条件批准发卡的,向申请人发出信用卡通知书(以下简称通知书),通知申请人到发卡行办理开户手续。

(3) 办理开户手续领取回单

申请人办理开户手续应缴存信用卡存款并交纳信用卡年费,有时还需缴存一定的保证金。发卡行信用卡部审核无误后发给回单。

(4) 领卡

申请人按回单的规定在若干天后凭回单到发卡行领取信用证。持卡人领到信用卡后,应立即在卡的背面签上本人习惯的签名式样,签名后不得涂改。



（四）使用信用卡结算的特点

（1）一是方便，可以凭卡在全国各地大中城市的有关银行提取存入现金或在同城、异地的特约商场、商店、饭店、宾馆购物和消费。

（2）二是通用性，它可用于支取现金，进行现金结算，也可以办理同城、异地的转账业务，代替支票、汇票等结算工具，具有银行户头的功能。

（3）三是在存款余额内消费，可以善意透支。信用卡的持卡人取现或消费以卡内存款余额为限度，当存款余额减少到一定限度时，应及时补充存款，一般不透支，如急需，允许在规定限额内小额善意透支，并计付透支利息。

（五）信用卡使用的有关规定

根据《支付结算办法》、《银行卡业务管理办法》规定：

（1）单位卡账户的资金一律从其基本存款账户转账存入，不得交存现金，不得将销货收入的款项存入其账户；在使用过程中，需要向其账户续存资金的，一律从其基本存款账户转账存入。

（2）信用卡仅限于合法持卡人本人使用，持卡人不得出租或转借信用卡。持卡人应当遵守发卡银行的章程及《领用合同》的有关条款。持卡人或保证人通信地址、职业等发生变化，应当及时书面通知发卡银行。持卡人不得以和商户发生纠纷为由拒绝支付所欠银行款项。

（3）持卡人可持信用卡在特约单位购物、消费。可办理商品交易和劳务供应款项的结算，但不得透支；不得用于 10 万元以上的商品交易、劳务供应款项的结算。超过规定起点的，应当经中国人民银行当地分行办理转汇。

（4）持卡人凭卡购物、消费时，需将信用卡和身份证件一并交特约单位。智能卡（下称 IC 卡）、照片卡可免验身份证件。特约单位不得拒绝受理持卡人合法持有的、签约银行发行的有效信用卡，不得因持卡人使用信用卡而向其收取附加费用。持卡人凭密码在销售点终端上消费、购物，可免验身份证件；

（5）特约单位不得通过压卡，签单和退货等方式支付持卡人现金。单位卡一律不得支取现金。

（6）同一信用卡持卡人单笔透支发生额单位卡不得超过 5 万元（含等值外币）。同一账户月透支余额单位卡不得超过发卡银行对该单位综合授信额度的 3%。无综合授信额度可参照的单位，其月透支余额不得超过 10 万元（含等值外币）。

（7）准贷记卡的透支期限最长为 60 天。贷记卡的首月最低还款额不得低于其当月透支余额的 10%。

（8）信用卡透支利息，自签单日或银行记账日起 15 日内按日息万分之五计算，超过 15 日按日息万分之十计算，超过 30 日或透支金额超过规定限额的，按日息万分之十五计算。透支计息不分段，按最后期限或者最高透支额的最高利率档次计息。

（9）持卡人使用信用卡不得发生恶意透支。恶意透支是指持卡人超过规定限额或规定期限，并且经发卡银行催收无效的透支行为。

（10）持卡人不需要继续使用信用卡的，应持信用卡主动到发卡银行办理销户。销户时，单位卡账户余额转入其基本存款账户，不得提取现金；个人卡账户可以转账结清，也可以提取现金。

（11）信用卡丧失，持卡人应立即持本人身份证件或其他有效证明，并按规定提供有关情况，向发卡银行或代办银行申请挂失。发卡银行或代办银行审核后办理挂失手续。



六、结算方式

我国支付结算法律制度所称结算方式是指汇兑、托收承付和委托收款。

（一）汇兑

1. 汇兑的概念

汇兑是汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式。汇兑分为信汇、电汇两种方式。信汇是以邮寄方式将汇款凭证转给外地收款人指定的汇入行，而电汇是以电报的方式将汇款凭证转给外地收款人指定的汇入行。两者的差别只是速度问题。单位和个人的各种款项的结算，均可使用汇兑结算方式。

2. 签发汇兑凭证的有关规定

（1）签发汇兑凭证必须记载下列事项：标明“信汇”或“电汇”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；收款人名称；汇款人名称；汇入地点、汇入行名称；汇出地点、汇出行名称；委托日期；汇款人签章。

汇兑凭证上欠缺上列记载事项之一的，银行不予受理。

（2）汇兑凭证记载的汇款人名称、收款人名称，其在银行开立存款账户的，必须记载其账号。欠缺记载的，银行不予受理。

（3）汇兑凭证上记载收款人为个人的，收款人需要到汇入银行领取汇款，汇款人应在汇兑凭证上注明“留行待取”字样；留行待取的汇款，需要指定单位的收款人领取汇款的，应注明收款人的单位名称；信汇凭收款人签章支取的，应在信汇凭证上预留其签章。

（4）汇款人确定不得转汇的，应在汇兑凭证备注栏注明“不得转汇”字样。委托日期是指汇款人向汇出银行提交汇兑凭证的当日。

（5）汇款人和收款人均为个人，需要在汇入银行支取现金的，应在信汇、电汇凭证的“汇款金额”大写栏，先填写“现金”字样，后填写汇款金额。

3. 汇出银行受理汇款的有关规定

汇出银行受理汇款人签发的汇兑凭证，经审查无误后，应及时向汇入银行办理汇款，并向汇款人签发汇款回单。汇款回单只能作为汇出银行受理汇款的依据，不能作为该笔汇款已转入收款人账户的证明。

4. 汇入银行办理收款的有关规定

汇入银行对开立存款账户的收款人，应将汇给其的款项直接转入收款人账户，并向其发出收账通知。收账通知是银行将款项确已收入收款人账户的凭据。

未在银行开立存款账户的收款人，凭信、电汇的取款通知或“留行待取”的，向汇入银行支取款项，必须交验本人的身份证件，在信、电汇凭证上注明证件名称、号码及发证机关，并在“收款人签盖章”处签章；信汇凭签章支取的，收款人的签章必须与预留信汇凭证上的签章相符。银行审查无误后，以收款人的姓名开立应解汇款及临时存款账户，该账户只付不收，付完清户，不计付利息。

支取现金的，信、电汇凭证上必须有按规定填明的“现金”字样，才能办理。未填明“现金”字样，需要支取现金的，由汇入银行按照国家现金管理规定审查支付。



5. 委托取款的有关规定

收款人需要委托他人向汇入银行支取款项的,应在取款通知上签章,注明本人身份证件名称、号码、发证机关和“代理”字样以及代理人姓名。代理人代理取款时,也应在取款通知上签章,注明其身份证件名称、号码及发证机关,并同时交验代理人和被代理人的身份证件。

6. 转账支付和转汇的有关规定

转账支付的,应由原收款人向银行填制支款凭证,并由本人交验其身份证件办理支付款项。该账户的款项只能转入单位或个体工商户的存款账户,严禁转入储蓄和信用卡账户。

转汇的,应由原收款人向银行填制信、电汇凭证,并由本人交验其身份证件。转汇的收款人必须是原收款人。原汇入银行必须在信、电汇凭证上加盖“转汇”戳记。

7. 汇兑撤销和退汇的有关规定

汇款人对汇出银行尚未汇出的款项可以申请撤销。申请撤销时,应出具正式函件或本人身份证件及原信、电汇回单。汇出银行查明确未汇出款项的,收回原信、电汇回单,方可办理撤销。

汇款人对汇出银行已经汇出的款项可以申请退汇。对在汇入银行开立存款账户的收款人,由汇款人与收款人自行联系退汇;对未在汇入银行开立存款账户的收款人,汇款人应出具正式函件或本人身份证件以及原信、电汇回单,由汇出银行通知汇入银行,经汇入银行核实汇款确未支付,并将款项汇回汇出银行,方可办理退汇。

转汇银行不得受理汇款人或汇出银行对汇款的撤销或退汇。

汇入银行对于收款人拒绝接受的汇款,应即办理退汇。汇入银行对于向收款人发出取款通知,经过 2 个月无法交付的汇款,应主动办理退汇。

(二) 托收承付

1. 托收承付的概念

托收承付是根据购销合同由收款人发货后委托银行向异地付款人收取款项,由付款人向银行承认付款的结算方式。结算款项的划回方法,分邮寄和电报两种,由收款人选用。

2. 托收承付的适用范围

托收承付的适用范围为国有企业、供销合作社以及经营管理较好的,并经开户银行审查同意的城乡集体所有制工业企业。

结算款项必须是商品交易以及因商品交易而产生的劳务供应的款项。代销、寄销、和赊销的款项不得办理托收承付结算。

3. 办理托收承付的前提

收付双方使用托收承付结算必须签有符合《合同法》的货物买卖合同,并在合同上订明使用异地托收承付结算方式。

收款人办理托收,必须具有商品确已发运的证件(包括铁路、航运、公路等运输部门签发的运单、运单副本和邮局包裹回执)。没有发运证件,可凭其他有关证件办理。

收付双方办理托收承付结算,必须重合同、守信用。累计 3 次以上收不回货款或拒付货款的应暂停办理托收承付业务。

金额起点每笔为 1 万元,新华书店系统的每笔为 1 000 元。



4. 收款人委托银行收款

当事人委托银行收款应签发托收承付凭证并提交相关附件。根据规定托收承付凭证必须记载以下内容：标明“托收承付”的字样；确定的金额；付款人的名称及账号；收款人的名称及账号；收、付款人的开户银行名称；托收附寄单证张数或册数；合同名称、号码；委托日期；收款人签章。

欠缺记载上列事项之一的，银行不予受理。

5. 收款人开户行办理托收

托收是收款人根据购销合同在发货后委托银行向付款人收取款项的行为。收款人开户银行接受委托时应对托收凭证及其附件进行审查。审查包括：托收款项是否符合异地托收承付结算办法规定的范围、条件、金额起点以及其他有关规定；有无商品已发运的证件；托收凭证是否填写齐全，符合填写要求；托收凭证与所附单证的张数是否相符；托收凭证上是否加盖收款人的印章。

托收凭证审查时间不得超过次日。

6. 承付

承付是指由付款人向银行承认付款的行为。

付款人开户银行收到托收凭证及其附件后，应当及时通知付款人。

付款人应在承付期内审查核对，安排资金。承付货款分为验单付款和验货付款两种，由收付双方商量选用，并在合同中明确规定。采用验货付款的，收款人必须在托收凭证上加盖明显的“验货付款”字样戳记。托收凭证未注明验货付款，经付款人提出合同证明是验货付款的，银行可按验货付款处理。

验单付款的承付期为3天，从付款人开户银行发出承付通知的次日算起（承付期内遇法定休假日顺延）。付款人在承付期内，未向银行表示拒绝付款，银行即视做承付，并在承付期满的次日（法定休假日顺延）上午银行开始营业时，将款项主动从付款人的账户内付出，按照收款人指定的划款方式，划给收款人。

验货付款的承付期为10天，从运输部门向付款人发出提货通知的次日算起。对收付双方在合同中明确规定，并在托收凭证上注明验货付款期限的，银行从其规定。付款人收到提货通知后，应即向银行交验提货通知。付款人在银行发出承付通知的次日起10天内，未收到提货通知的，应在第10天将货物尚未到达的情况通知银行。在第10天付款人没有通知银行的，银行即视做已经验货，于10天期满的次日上午银行开始营业时，将款项划给收款人；在第10天付款人通知银行货物未到，而以后收到提货通知没有及时送交银行，银行仍按10天期满的次日作为划款日期，并按超过的天数，计扣逾期付款赔偿金。

不论验单付款还是验货付款，付款人都可以在承付期内提前向银行表示承付，并通知银行提前付款，银行应立即办理划款；因商品的价格、数量或金额变动，付款人应多承付款项的，须在承付期内向银行提出书面通知，银行据以随同当次托收款项划给收款人。付款人不得在承付货款中扣抵其他款项或以前托收的货款。

7. 托收承付的逾期付款处理

付款人在承付期满时，如无足够资金支付，其不足部分，即为逾期未付款，按逾期付款处理。付款人开户银行，按每天5‰计算逾期付款赔偿金。



赔偿金实行定期扣付，每月计算一次，于次月3日内单独划给收款人。

付款人开户银行要随时掌握付款人账户逾期未付的资金情况，待账户有款时，必须将其未付的款项和赔偿金及时扣划给收款人，不得拖延扣划。

付款人累计3次拖欠货款的，其开户银行应当通知收款人，停止对该付款人办理托收。

付款人开户银行对逾期未付的托收凭证，负责进行扣款的期限为3个月。期满时如付款人仍未付清款项，银行应要求付款人退回有关交易单据，并将应付的赔偿金划给收款人。对于付款人不退回单据的，自发出通知3日起每天处以5‰但不低于50元的罚款。

8. 托收承付的拒绝付款处理

除属于下列法定事由外，付款人不得拒付付款：没有签订购销合同或未定明托收承付结算方式购销合同款项。未经双方事先达成协议，收款人提前交货或因逾期交货，付款人不需要该项货物的款项。未按合同规定的到货地址发货的款项。代销、寄销、赊销、商品的款项。验单付款，发现货物单与合同规定不符，或货物已到与合同规定不符的。验货付款，发现货物与发货单不符的。货款已经支付，或计算有错误的。

外贸部门托收进口商品的款项另有规定。

付款人提出拒绝付款时，必须填写“拒绝付款理由书”并签章，注明拒绝付款理由。对于付款人提出拒绝付款的手续不全、依据不足、理由不符合规定或不属于上述七种拒绝付款情况的，以及超过承付期拒付和应当部分拒付提出全部拒付的，银行均不得受理，应实行强制扣款。

付款人提出的拒绝付款，银行按照法律规定审查，无法判明是非的，应由收付双方自行协商处理，或向仲裁机关、人民法院申请调解或裁决。

银行同意部分或全部拒绝付款的，应在拒绝付款理由书上签注意见。部分拒绝付款，除办理部分付款外，应将拒绝付款理由书连同拒付证明和拒付商品清单邮寄收款人开户银行转交收款人。全部拒绝付款，应将拒绝付款理由书连同拒付证明和有关单证邮寄收款人开户银行转交收款人。

9. 重办托收

收款人对被无理拒绝付款的托收款项，在收到退回的结算凭证及其所附单证后，需要委托银行重办托收，应当填写四联“重办托收理由书”，将其中三联连同购销合同、有关证据和退回的原托收凭证及交易单证，一并送交银行。经开户银行审查，确属无理拒绝付款，可以重办托收。

（三）委托收款

1. 委托收款的概念及适用范围

委托收款是收款人委托银行向付款人收取款项的结算方式。委托收款在同城、异地均可以使用。单位和个人凭已承兑商业汇票、债券、存单等付款人债务证明办理款项的结算，均可以使用委托收款结算方式。委托收款结算款项的划回方式，分邮寄和电报两种，由收款人选用。

2. 委托收款的委托

委托是指收款人向银行提交委托收款凭证和有关债务证明并办理委托收款手续的行为。有关债务证明是指能够证明付款人到期并应向收款人支付一定款项的证明，如水电费单、电话费单、已承兑商业汇票、债券、存单等。根据规定：

委托收款凭证必须记载下列事项：标明“委托收款”的字样；确定的金额；付款人名称；



收款人的名称；委托收款凭据名称及附寄单证张数；委托日期；收款人签章。

欠缺记载上列事项之一的，银行不予受理。

委托收款以银行以外的单位为付款人的，委托收款凭证必须记载付款人开户银行名称；以银行以外的单位或在银行开立存款账户的个人为收款人的，委托收款凭证必须记载收款人开户银行名称；未在银行开立存款账户的个人为收款人的，委托收款凭证必须记载被委托银行名称。欠缺记载的，银行不予受理。

3. 委托收款的付款

付款是指银行在接到寄来的委托收款凭证及债务证明，并经审查无误之后向收款人办理支付款项的行为。根据规定：

以银行为付款人的，银行应在当日将款项主动支付给收款人。

以单位为付款人的，银行应及时通知付款人，按照有关规定，需要将有关债务证明交给付款人的应交给付款人，并签收。付款人应于接到通知的当日书面通知银行付款。按照有关规定，付款人未在接到通知日的次日起3日内通知银行付款的，视同付款人同意付款，银行应于付款人接到通知日的次日起第4日上午开始营业时，将款项划给收款人。

4. 付款人提前收到付款债务证明的有关规定

付款人提前收到由其付款的债务证明，应通知银行于债务证明的到期日付款。付款人未于接到通知日的次日起3日内通知银行付款，付款人接到通知日的次日起第4日在债务证明到期日之前的，银行应于债务证明到期日将款项划给收款人。

5. 办理划款的有关规定

银行在办理划款时，付款人存款账户不足以支付的，应通过被委托银行向收款人发出未付款项通知书。按照有关规定，债务证明留存付款人开户银行的，应将其债务证明连同未付款项通知书邮寄被委托银行转交收款人。

6. 同城特约委托收款的规定

在同城范围内，收款人收取公用事业费或根据国务院的规定，可以使用同城特约委托收款。收取公用事业费，必须具有收付双方事先签订的合同，由付款人向开户银行授权，并经开户银行同意，报经中国人民银行当地分支行批准。

7. 付款人拒绝付款的有关规定

付款人审查有关债务证明后，对收款人委托收取的款项需要拒绝付款的，可以办理拒绝付款。根据付款人的不同，拒绝付款的方式略有不同：

以银行为付款人的应在付款人接到通知的次日起3日内出具拒绝证明连同有关的债务证明、凭证，寄给被委托的银行，转给债务人。

以单位为付款人的，应在付款人接到通知的次日起3日内出具拒绝证明，持债务证明的，应将其送交开户银行。银行将拒绝证明、债务证明和有关凭证一并寄给被委托银行，转交收款人。

七、国内信用证

国内信用证是指开证银行依照申请人（购货方）的申请向受益人（销货方）开出的一定金额，在一定期限内凭信用证规定的单据支付款项的书面承诺。



(1) 我国的信用证是不可撤销不可转让的跟单信用证。

(2) 经中国人民银行批准经营结算业务的商业银行总行以及经商业银行总行批准开办信用证结算业务的分支机构，可以办理信用证结算业务。

(3) 信用证与作为其依据的购销合同相互独立，银行在处理信用证业务时，不受购销合同的约束。

(4) 信用证结算方式只适用于国内企业之间商品交易产生的货款结算。并且只能用于转账结算，不得支取现金。受益人在任何情况下不得利用银行之间或申请人与开证行之间的契约关系。

(5) 信用证的有效期限最长不得超过 6 个月。

(6) 开证银行应向申请人收取不低于开证金额 20% 的保证金。

综合练习题八

一、选择题

1. 根据《支付结算办法》的规定，银行汇票的提示付款期限是（ ）。

- A. 自出票日起 1 个月 B. 自出票日起 2 个月
C. 自出票日起 3 个月 D. 自出票日起 4 个月

2. 根据银行卡业务管理办法的规定，信用卡持卡人的透支发生额不能超过一定的限度。

下列有关信用卡透支的表述正确的是（ ）。

- A. 单位卡的同一账户透支不得超过发卡银行对其综合授信额度的 5%
B. 单位卡的同一持卡人单笔透支发生额不得超过 4 万元（含 4 万元）
C. 个人卡的同一账户月透支额不得超过 6 万元（含等值外币）
D. 个人卡同一账单笔透支发生额不得超过 2 万元（含等值外币）

3. 根据《支付结算办法》的规定，下列支付结算的种类中，有结算金额起点的是（ ）。

- A. 委托收款 B. 支票 C. 托收承付 D. 汇兑

4. 某公司签发一张商业汇票。根据我国《票据法》的规定，该公司下列签章行为中正确的是（ ）。

- A. 公司盖章 B. 公司法定代表人李某盖章
C. 公司法定代表人李某签名加盖章 D. 公司盖章加公司法定代表人李某盖章

5. 根据《支付结算办法》的规定，汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式是（ ）。

- A. 汇兑结算方式 B. 信用证结算方式
C. 托收承付结算方式 D. 委托收款结算方式

6. 《支付结算办法》对商业汇票的最长付款期限有明确的规定。该期限是（ ）。

- A. 1 个月 B. 3 个月 C. 6 个月 D. 9 个月

7. 某出票人于 10 月 20 日签发一张现金支票。根据《支付结算办法》规定，对该支票“出票日期”中“月”、“日”的下列填法中，符合规定的是（ ）。

- A. 拾月贰拾日 B. 零拾月零贰拾日
C. 壹拾月贰拾日 D. 零壹拾月零贰拾日



8. 根据支付结算法律制度的规定,下列各账户中,可以办理现金支付的是()。
- A. 一般存款账户 B. 临时存款账户
C. 基本存款账户 D. 个人存款账户
9. 根据人民币银行结算账户管理的有关规定,存款人申请开立的下列人民币银行结算账户中应当报送中国人民银行当地分支行核准的有()。
- A. 预算单位专用账户 B. 临时存款账户
C. 个人存款账户 D. 异地一般账户
10. 根据人民币银行结算账户管理的有关规定,下列封面中,可以转入个人银行结算账户的有()。
- A. 出版单位支付给个人稿费 5 万元
B. 期货公司向个人交存的交易保证金 10 万元
C. 保险公司向个人支付的理赔款 15 万元
D. 单位向个人支付的薪酬
11. 根据《票据法》的规定,下列选项中,属于因时效而致使票据权利消灭的情形有()。
- A. 甲持有一张本票,出票日期为 2000 年 5 月 20 日,于 2001 年 5 月 27 日行使票据的付款请求权
B. 乙持有一张为期 30 天的汇票,出票日期为 1999 年 5 月 20 日
C. 丙持有一张见票即付的汇票,出票日期为 1999 年 5 月 20 日,于 2001 年 5 月 27 日行使票据的付款请求权
D. 丁持有一张支票,出票日期为 2000 年 5 月 20 日,于 2001 年 4 月 27 日行使票据的付款请求权
12. 下列各项中属于我国《票据法》调整的有()。
- A. 股票 B. 支票 C. 汇票 D. 本票
13. 根据《票据法》的规定,下列各项中属于票据行为的是()。
- A. 出票 B. 背书 C. 承兑 D. 保证
14. 根据《支付结算办法》的规定,下列各项中属于无效票据行为的是()。
- A. 改签发时期的票据
B. 更改签发单位名称的票据
C. 中文大写金额和阿拉伯数码金额不一致的票据
D. 更改金额的票据

二、判断题

1. 票据和结算凭证的金额必须以中文大写和阿拉伯数字同时记载,二者必须一致,否则以中文大写为准。 ()
2. 本存款账户的存款人可以通过本账户办理转账结算和现金缴存,但不能办理现金支付。 ()
3. 企业法人内部单位,只要是单独核算的,就可以申请开立基本存款账户。 ()
4. 一般存款账户可以办理现金缴存,也可以支取现金。 ()



5. 临时存款账户的有效期最长不得超过 1 年。 ()
6. 承兑人在票据上签章不符合规定的, 票据无效。 ()
7. 银行汇票的背书转让以出票金额为准。 ()
8. 持有单位卡的信用卡用户不能向单位卡账户交存现金, 也不能从单位账户中支取现金。 ()
9. 汇兑的汇入银行对于向收款人发出取款通知, 经过一个月无法交付的汇款, 应主动办理退汇。 ()
10. 委托收款是收款人委托银行向付款人收取款项的一种结算方式, 无论同城还是异地都可以使用。 ()
11. 我国国内信用证的有效期最长不得超过 9 个月。 ()

第九章 国际货物买卖和运输法律知识



学习目标

国际货物买卖和运输法律知识是从事国际货物贸易必不可少的法律知识，本章以《联合国国际货物销售合同公约》为核心对国际海上货物运输常见法律问题进行阐述。旨在使学生了解国际货物买卖中的基本规则。

第一节 国际货物买卖和买卖合同的成立



课堂案例

1991年11月25日，德国A公司向中国香港B有限公司发出函电，内容为：Jettish彩色复印机2000台，每台汉堡FOB4000美元，即期装运。并规定有效期为12月30日。函电发出后，A公司收到了巴黎某公司的购买该种型号复印机的函电，报价高于A公司发给中国香港B有限公司的要约价格。由于当时中国香港B有限公司尚未表示接受，故而A公司于12月15日向中国香港B公司发出撤销11月25日发出的函电通知，而后与巴黎某公司签约。但是，12月22日，A公司收到了中国香港B有限公司的表示同意德国A公司的函电条件的复函，并随之向A公司开出了不可撤销的信用证，要求A公司履行合同。后因A公司未履约，中国香港B公司诉诸瑞典斯德哥尔摩仲裁庭，要求A公司赔偿损失。A公司的律师辩称，该公司于1991年11月25日发出的函电已于12月15日被该公司撤销，该函电已失去效力，因而B公司12月22日的表示同意已没有效力，买卖合同没有成立。

请问：究竟两公司之间的买卖合同是否已经成立呢？

一、国际货物买卖及其法律

（一）国际货物买卖的标准和特点

1. 货物买卖（贸易）的“国际性”标准

国际货物买卖（贸易）与国内货物买卖（贸易）的主要区别在于：前者具有国际性而后者不具有国际性。对于什么是“国际性”（Internationality）这个问题，许多国家的国内法和国际条约都曾试图对其下一个定义，但他们所采用的标准并不完全一致，国际上对“国际性”衡量的标准有以下几种：

（1）买卖双方当事人的营业地处于不同的国家（地区）；



- (2) 当事人具有不同的国籍;
- (3) 订立合同的要约和承诺完成于不同国家;
- (4) 货物运输由一国运往另一国。

联合国国际贸易法委员会在其主持制定的《国际货物销售合同公约》中,把买卖双方的营业地点是否处在不同的国家作为货物买卖是否具有“国际性”的标准,这个标准称为“营业地标准”,并在其后制定的有关货物销售的合同公约中都参照此标准。

2. 国际货物买卖特点

同国内货物买卖相比,国际货物买卖具有以下特点:买卖的货物一般很少由买卖双方直接交接,而多由负责运输的承运人转交;贸易周期长,程序复杂,风险大,买卖双方一般应对货物进行保险;买卖双方多处于不同国家,了解不深,直接付款的情况少,多利用银行收款或由银行直接承担付款责任;货物以及与货物有关的单据经由不同的程序处理,有时处分单据就是处分货物;买方、卖方或双方都面临适用外国法律的问题,适用法律的选择成为买卖合同的重要问题;当事人可以在买卖合同中自由选择争议的解决方式和地点。

(二) 调整国际货物买卖的法律

调整国际货物买卖的法律包括有关国际贸易的国际条约、国际惯例以及各国有关国际货物买卖的国内法。

1. 国际货物买卖(贸易)的国际条约

统一调整国际货物贸易的法律规范一直是世界各国、各种贸易团体追求的目标,国际社会为统一调整国际货物贸易的法律规范做出了不懈的努力,取得了明显的成就。有代表性的有罗马国际统一私法协会制定的《国际货物销售统一公约》(ULIS)、《国际货物销售合同成立统一公约》(ULF),联合国国际贸易委员会制定的《联合国国际货物销售公约》(CISG)等。

《国际货物销售统一公约》和《国际货物销售合同成立统一公约》是1964年罗马国际统一私法协会海牙会议上通过的,但只有9个国家批准或加入这两个公约。由于许多国家认为这两个公约主要反映欧洲大陆的法律传统和经济现实,缺少对发展中国家的考虑,内容较烦琐,概念晦涩难懂,使得这两项公约未能达到统一各国买卖法的预期目的。有鉴于此,联合国国际贸易法委员会决定在其主持下继续完成这一任务。经过10年的努力,于1978年完成了起草新公约的任务,定名为《联合国国际货物销售合同公约》(Convention on Contracts for the International Sale of Goods)。该公约于1980年3月14日在维也纳召开的外交大会上获得通过,并于1988年1月1日生效。截止到2005年上半年,核准和参加该公约的国家已有65个。该公约成员国已包括了美国、法国、德国、意大利、挪威、瑞典和瑞士等世界主要的贸易国。我国是此公约的最早成员国之一,在1986年12月向联合国秘书长递交了关于该公约的核准书,成为该公约缔约国。

2. 国际货物买卖(贸易)的国际惯例

国际贸易惯例是指在国际贸易的长期实践中,在某一地区或某一行业逐渐形成的为该地区或该行业所普遍认可、适用的商业做法或贸易习惯。国际贸易惯例作为确立当事人权利义务的规则对适用的当事人有约束力。

现在许多国际贸易惯例经过有影响的国际组织或民间商业组织进行整理、编纂后,表现为书面的成文形式。如由国际统一私法协会完成的《1932年华沙——牛津规则》、1994年《国



际商事合同通则》，由国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》、1997年6月由国际商会国际惯例委员会通过的《国际销售示范合同》。其中最具有影响、并在实践中得到广泛应用的是《国际贸易术语解释通则》。

国际贸易惯例与国际贸易的国际条约的区别主要在于：国际条约是由国家批准或参加的，对当事人具有普遍的约束力，各国通过缔结国际条约可以把某些强制性法律规范适用于当事人，当事人必须遵守；国际贸易惯例则不是由国家制定或批准的，除非得到国家的认可，惯例不具有普遍的约束力，它的适用取决于当事人的意志，如果当事人在合同中采用了某项惯例，它对当事人就具有约束力。

但是，国际贸易惯例与国际条约的这种区别已经被淡化，这主要表现在以三个方面：

(1) 在某些情况下，有的国际条约也只有当事人在合同中予以采用时，才适用于当事人的合同。《联合国国际货物销售合同公约》规定：“双方当事人可以排除公约的适用”。

(2) 有些国际贸易惯例已被某些国家纳入国内的成文法，从而具有了法律的普遍约束力。

(3) 国际贸易惯例的作用不断增强，在某些情况下，惯例的适用已无须当事人明示同意。

《联合国国际货物销售合同公约》规定：“双方当事人业已同意的任何惯例（usage）和他们之间确立的任何习惯做法（practice），对其有约束力。”我国《民法通则》规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”由此可以看出，接受国际惯例已成为当前国际上的普遍趋势。

3. 国际货物买卖（贸易）的国内立法

在民商分立的大陆法系国家中，民法中的一般原则和相关规定适用于商事活动，另有商法对商事行为进行专门的规定，商法与民法的关系是特别法与一般法的关系，商法优先适用，在商法没有规定的情况下，适用民法的规定。在民商合一的大陆法系国家中，则没有单独的商法典，而是将商法的内容编入民法典。

普通法系国家没有民法与商法的区分，其买卖法由两个部分组成，一部分是法院判例形式确立的法律原则；另一部分则是成文法，主要为单行法规。如英国1893年颁布的《货物买卖法》（Sale of Goods Act, 1893），英国现行的是1995年修订的《货物买卖法》；美国1906年颁布的《统一买卖法》（Uniform Sale of Goods Act, 1906），美国目前多数州采用的是1994年文本的《统一商法典》（Uniform Commercial Code, U.C.C.）。

我国没有专门的货物买卖法，《中华人民共和国民法通则》的原则性规定作为一般法适用于货物买卖关系，1999年生效的《中华人民共和国合同法》对买卖合同进行了专门的规定，该法是调整我国货物买卖关系的主要国内立法，同时适用于国内的买卖关系和涉外买卖关系。我国已于1986年加入《联合国国际货物销售合同公约》，因此，在符合适用该公约的条件下，有关的国际货物买卖关系还涉及公约的适用。

二、《联合国国际货物销售合同公约》的适用范围

由于《联合国国际货物销售合同公约》（下简称公约）是目前国际货物买卖中影响最广泛的国际公约，仅其成员国就有近60个，我国又是其缔约国之一，由此可见，该公约是我国以至于世界许多国家从事国际货物买卖所要遵循的主要法律规范，也是有关国际货物买卖合同的主要法律规范。本章此后所述内容以此公约为准。

公约规定：



(1) 买卖双方当事人的营业地点位于不同的国家,且营业地所在国都是该公约的缔约国,他们所订立的货物买卖合同属于国际货物买卖合同,即使双方当事人的国籍相同也不影响。

(2) 买卖双方当事人的营业地点位于不同的国家,营业地所在国不是该公约的缔约国,但根据国际私法规则导致适用某一缔约国的法律,他们所订立的货物买卖合同属于国际货物买卖合同,属于该公约的适用范围。

但如果是属于下列性质的销售(买卖)则不被该公约视为是国际货物销售(买卖),不在该公约的适用范围之内。这些销售包括:

- (1) 供私人、家人或家庭使用的货物的销售;
- (2) 经由拍卖的销售;
- (3) 根据法律执行令状或其他令状进行的销售;
- (4) 公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售;
- (5) 船舶、船只、气垫船或飞机的销售;
- (6) 电力的销售。

我国在该公约的保留条款中仅承认:双方营业地位于不同缔约国的当事人之间所订立的货物买卖合同才适用该公约。

三、国际货物买卖合同订立程序——要约

A 国 a 公司向 B 国 b 公司发出一份传真,内容为:“我方急需标准 M 商品 1 000 件,每件 120 美元 CIF M 港,2002 年 3 月 25 日至 30 日装船”。

当天 B 国 b 公司给 A 国 a 公司发来函电称:“愿接受你方条件”。

这样,通过两封函电 A 国 a 公司与 B 国 b 公司便达成了 1 000 件标准 M 商品的买卖合同。A 国 a 公司所发的函电属于要约,A 国 a 公司向 B 国 b 公司发出函电是向 B 国 b 公司提出要约;而 B 国 b 公司的回函属于承诺,表明 B 国 b 公司接受 A 国 a 公司的要约,是对 A 国 a 公司的要约做出承诺。

由此可见,国际货物买卖合同的订立同其他合同的订立一样,是双方当事人意思表示一致的结果。具体地说,它是通过一方提出要约,另一方对要约表示承诺而成立的。

(一) 要约的定义和构成条件

要约(offer)是一方向他方发出的足以成立一个合同的建议。发出要约的人称为要约人(offeree),受领要约的人称为受要约人(offeree)。在我国的外贸业务中“要约”习惯称为“发盘”、“发价”;要约人称为发价人;受要约人称为受发价人。

根据《销售合同公约》的规定,要约应符合以下要求。

1. 要约应向一个或一个以上的特定的人发出(specific persons)

这里所说的特定人,是指受要约人必须是特定人,即要约人在要约时必须指明收受该项要约的公司、企业或个人的名称或姓名。公约这样规定的目的是为了把要约行为与那些为了邀请对方向自己订货或宣传自己的商品而刊登散发普通商业广告、商品目录(catalogue)、价目表(price list)等行为区别开来。因为普通商业广告、价格表等不是向特定人而是向广大社会公众发出的,因此不是要约,而是要约邀请(invitation for offer)。

但英美等国的判例则认为,商业广告原则上虽不是一项要约,但如果广告的内容十分明确、肯定,在某些例外的情况下,也可以视为要约。我国《合同法》也规定:“商业广告的内容符



合要约规定的，视为要约。”

公约规定：凡不是向一个或一个以上的特定的人提出的订约建议（proposal），仅视为要约邀请，除非此项建议明确表明相反的意向。也就是说如果该建议符合要约要求，则应视为要约。例如有的广告中注明“本广告构成要约”，则该广告应视为要约。

2. 要约的内容必须十分确定（sufficiently definite）

《销售合同公约》规定，要约符合下列三项内容即为“十分确定”：

（1）载明货物的名称。如写明要买卖的商品是大米、小麦或者羊毛、棉花等。

（2）明示的或暗示的规定货物的数量，或规定如何确定数量的方法。

例如，在要约中明确规定“泰国大米 1 000 吨”、“澳大利亚铁矿砂 100 000 吨”等，或“拟出售本厂（M 铁矿厂）在 2004 年前半年所生产的全部铁矿砂”[供应全部产出（output）的要约]、“拟购买本厂（G 钢铁）厂在 2004 年全年生产所需要的全部铁矿砂”[购买全部需求（requirement）的要约]。

（3）明示的或暗示的规定货物的价格，或规定如何确定价格的方法。

如：“吨价 100 美元”、“每件人民币 80 元”，这种报价在外贸业务中称为固定价或板价（fixed price）；

又如：“商品价格按交货时伦敦五金交易所交易的平均时价计算”，类似这样的报价在外贸业务中称为活价或开口价（open price），在国际贸易中，当事人对于某些敏感性的商品交易和长期大宗供货活动，往往愿意采用活价的做法，以减少风险。

3. 要约人须有当其要约得到承诺时就将受其约束的意思

要约的目的是为了同对方订立合同。因此，要约一旦被对方接受（承诺），合同即告成立，要约人即须受到约束，不能对自己在要约中所提出的交易条件有所反悔。如果一方向对方发出一项建议，虽然该建议已明确了货物的名称、数量和价格，但附有某种保留条件，表明即使对方同意接受，建议方也不受任何约束，那么这样的建议就不能算是要约，而只能作为要约邀请。

如一方向对方发出的建议里含有类似这样的表述：“……须以我公司最后确认为准”（Subject to final confirmation）、“……仅作参考”（For reference only）、“……须以我方货物尚未售出为准”（Subject to prior sale）等。那么这样的建议就不能算是要约，我国外贸业务里习惯称为“虚盘”，“虚盘”在法律上属要约邀请。

我国外贸业务里所讲的“实盘”是指一旦接受建议的一方，同意按照建议方所提出的各项交易条件进行交易时，建议方将不得变更和撤销所提交易条件的建议。因此“实盘”才是要约。

【实训：判断】

（1）下面函电性质是要约还是要约邀请？

××公司：

兹将我方要货详列如下，请即寄报价单一式两份，按FOB条件报价，并告最早交货期及最优惠折扣。有关样品2份要同时寄来，以便参考。报价必须2003年5月1日前到达此地，否则恐为时太晚，不及考虑。

……

×××谨上

（2）拟写一份对外销售商品的要约或要约邀请函



（二）要约的生效时间

要约生效的时间，各国法律不存在分歧。公约规定，要约于其到达受要约人时生效。因为要约是一种意思表示，受要约人必须在收到要约之后才能决定是否接受。因此，如果一方仅凭借以往的交易经验，或通过其他途径了解到对方可能向他发出要约的内容，他也不能在收到要约之前就作出同意接受的表示，即使他这样做，那也不能因此而认为双方合同关系成立。

（三）要约的撤回与撤销

要约的撤回（Withdrawal）和撤销（Revocability）表面上看都是取消要约，但两者毕竟是有区别的。

1. 要约的撤回和撤销的区别

要约的撤回是指要约人在发出要约之后，在其尚未到达受要约人之前，即在要约尚未生效之前，将该项要约收回，使其不发生效力。而要约的撤销则是指要约人在其要约已经到达受要约人之后，即在其要约生效之后，将该项要约取消，从而使已生效的要约的效力归于消灭。此问题在国际贸易实务中具有重大意义。因为要约人在发出要约后，如果发现要约有错误，或者遇到国际市场价格发生波动，或外汇汇率发生变化，要约人很可能会要求撤回或撤销其要约，或要求变更要约内容，而受要约人很可能不同意，于是双方就可能因此而引起争议。由于此问题各国法律存在分歧，为此《销售合同公约》专门做出规定。

2. 公约对要约的撤回的规定

撤回要约的时间仅限于要约人已经发出要约，但该要约尚未到达受要约人。因为这个时候要约尚未生效，自当允许撤回。

要约人如想撤回要约，须向受要约人发出撤回通知，且此项撤回通知须在该要约到达受要约人之前，最晚也应与该项要约同时送达受要约人，才能阻止该项要约生效。

例如，以航空邮件寄出要约之后，如要约人想要将其撤回，则可以在该项要约送达之前，用电报、电传、电子邮件等更快的通信传递方式发出撤回通知，将该项要约予以撤回。

只要尚未到达受要约人的一切要约，不管是什么性质的要约，都可以撤回。

3. 公约对要约的撤销的规定

在要约送达受要约人之后，即要约生效后，只要受要约人尚未发出承诺（接受要约）的通知，要约可撤销。

要约人如想撤销其要约，必须向受要约人发出撤销通知，而且此项撤销通知须于受要约人发出承诺通知之前送达受要约人。一旦受要约人已对要约发出承诺的通知，要约人撤销要约的权利即告终止。

但在两种情况下，要约不得撤销。

（1）要约规定了承诺的时间或者以其他方式表明要约不可撤销。例如，在要约中规定“本要约于12月8日前承诺有效”，在要约中注明“不可撤销”或“实盘”。

（2）受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，且已本着对该项要约的信赖行事。

（四）要约的失效

要约不可能保持永久的效力，根据《销售合同公约》的有关规定，在以下几种情况，要约失效：



- (1) 可撤销的要约因要约人撤销而失效;
- (2) 要约因受要约人拒绝而失效; (不论是可撤销要约还是不可撤销要约);
- (3) 要约因其所规定的承诺期限届满而失效(规定承诺期限的要约为不可撤销要约);
- (4) 要约在“一段合理时间”之后失效。

四、国际货物买卖合同订立程序——承诺

(一) 承诺的概念、条件和方式

承诺(acceptance), 指受要约人向要约人表示同意接受其要约的意思表示。在我国的外贸业务中习惯把承诺称为“接受”。根据规定一项有效的承诺必须满足以下条件:

- (1) 由受要约人做出;
- (2) 与要约的条件保持一致;
- (3) 在要约有效期内做出;
- (4) 必须通知要约人。

根据公约的规定对要约表示承诺的方式有两种:

- (1) 是受要约人向要约人发出表示同意(assent)的声明、陈述(statement), 该声明、陈述可以是口头的也可以是书面的。
- (2) 通过某种行为(conduct)来表示承诺, 如受要约人按照要约中规定的品质规格和数量发运货物或支付货款, 此种发货和付款的行为也就构成对要约的承诺。

缄默或不行为本身不等于承诺。因为受要约人并没有法律上的义务对要约做出答复, 所以受要约人在收到要约后保持缄默, 或不采取任何行动对要约作出反应, 不构成对要约的承诺。但如果缄默或不行为与其他因素结合, 在某些特定情况下, 缄默和不行为可构成承诺。根据交易双方的约定或按照双方已经确认的习惯做法或惯例, 受要约人的缄默或不行为可构成承诺。

例如: A 公司在 2 月 1 日向 B 公司发出询价, 指明了所需产品、数量并声明“若我方收到你方要约一周内, 未得到我方答复, 可视为承诺”。2 月 5 日 A 公司收到要约, 2 月 15 日 A 公司通知 B 公司拒绝接受 B 公司的要约。在此种情况下, 应视为 A 公司与 B 公司的合同已经成立。因为 A 公司已经明确表示在收到要约后一周内(2 月 5 日~2 月 11 日), 若无答复即为承诺。A 公司的缄默或不行为已构成承诺, 如果 A 公司拒不履行合同义务, 应当承担违约责任。

(二) 承诺的生效时间

公约规定:

- (1) “对要约的承诺于表示同意的通知到达要约人时生效。如果表示同意的通知在要约人所规定的时间内, 如未规定时间, 则在一段较合理的时间内, 未能送达要约人, 该承诺即为无效, 但须适当考虑交易情况, 包括要约人所使用的通信方法的快捷程度。对口头要约必须立即承诺, 但情况表明有不同者除外。”

此规定表明, 凡是以发出同意的通知表示承诺的, 承诺均须于该项通知到达要约人时生效。承诺如果不是在要约人所规定的时间内或者在合理的时间送达要约人则为无效承诺。

- (2) “如果根据要约的要求或依照当事人间已经确立的习惯做法(practices)或惯例(usage), 受要约人可做出某种行为表示同意时, 例如与发送货物和支付价款有关的行为, 而无须向要约人发出通知, 则承诺于该项行为做出时生效。”

这规定表明可以用某种行为(如发货或支付货款)进行承诺的要约, 行为做出时承诺生效。



如作为卖方的受要约人按要约的规定发运货物，或者作为买方的受要约人按要约的规定支付价款时，则发货或支付价款时承诺生效。

（三）载有添加或不同条款的承诺

（1）如果载有添加或不同条款的承诺实质上变更了要约的条款则构成反要约。

所谓反要约是指受要约人反过来向要约人提出的要约，这样一来，受要约人就转变为新的要约人而原来的要约人就变成新的受要约人。反要约俗称“还价”。

（2）如果载有添加或不同条款的承诺没有实质上变更了要约的条款，只要要约人没有及时提出异议则承诺有效。合同的条款就以该要约的条款以及承诺中所载的更改为准。

（四）逾期的承诺

逾期的承诺（late acceptance）各国法律一般规定为不是有效的承诺，而是反要约。为了有利于双方合同的成立，促进国际贸易的发展，公约对逾期的承诺采取了一些较灵活的规定，使它在符合某些条件的情况下，仍具承诺的效力，合同仍得以成立。

（1）一般的逾期承诺（迟延承诺）只要要约人当即通知受要约人承诺有效，则承诺不因逾期而无效。

（2）特殊的逾期承诺（传递迟延的承诺）如果要约人没当即拒绝即承诺有效。特殊的逾期承诺是因邮递延误而迟到的承诺。因此，如果要约人在收到传递迟延承诺之后，不及时通知受要约人，表示其要约已因承诺逾期而失效，则该项逾期承诺仍然有效，合同成立。

（五）承诺的撤回

撤回承诺是受要约人阻止其已发出的承诺发生法律效力意思表示。受要约人做出承诺之后。如果发现行情有变或因其他原因，意图撤回其承诺，应在该承诺生效之前，及时发出撤回通知。否则一旦承诺生效，合同即成立，受要约人任何对其承诺的否定均等于毁弃合同。因此承诺不存在撤销的问题。

【实训】

1. 依照国际贸易法律与惯例判断下面函电性质

我 A 公司于 1994 年 3 月 15 日向巴西 B 公司发出传真稿：“急购巴一级白砂糖 200 吨，每吨 250 美元 CIF 广州，1994 年 4 月 20 日至 25 日装船”。

（1）3 月 16 日巴西 B 公司回复函电称：“完全接受你方条件，1994 年 5 月 1 日装船。”

（2）3 月 19 日巴西 B 公司回复函电称：“接受你方条件，并依时装船。”

（3）3 月 16 日巴西 C 公司来函电称：“我方接受巴一级白砂糖 200 吨，每吨 250 美元 CIF 广州，1994 年 4 月 20 日至 25 日装船”

2. 案例分析

1985 年 6 月某日我国某公司应荷兰 A 商号的请求，报出某初级产品 100 公吨，每公吨 CIF 鹿特丹人民币 3 900 元，即期装运的实盘。对方接到我方报盘后，没有做承诺表示，而是再三请求我方增加数量，降低价格，并延长要约有效期。我方曾将数量增至 300 公吨，价格每公吨 CIF 鹿特丹减至人民币 3 800 元，有效期经两次延长，最后延至 7 月 30 日。荷兰于 7 月 26 日来电接受该盘。我方公司在接到对方承诺电报时，发现巴西因受旱灾而影响该产品的产量，国



际市场价格暴涨,从而我方拒绝成交,并复电称:“由于世界市场价格变化,货物在接到承诺电报前已售出。”但荷方不同意这一说法,认为承诺是在要约有效期内做出,因而是有效的,坚持要求我方按要约的条件履行合同,并提出,要么执行合同,要么赔偿对方差价损失 40 万余元人民币,否则将提起诉讼。后因我方公司坚持不履行合同,A 商号诉诸上海市中级人民法院。

请问:荷兰 A 商号与我国某公司的国际货物买卖合同是否成立? CIF 是什么意思?

第二节 国际货物买卖双方的合同义务



课堂案例

日本A公司与中国B公司签订了一项买卖合同,合同规定由日本A公司向中国B公司出售一批精密仪器,并约定该批仪器将转售到“甲”国并在“甲”国使用,合同履行完毕。

“甲”国生产商C公司发现该批仪器的制造工艺侵犯了他的专利权,遂根据“甲”国专利法向当地法院提出请求,要求法院禁止该批仪器在甲国境内销售和使用,同时要求损害赔偿。A公司是生产该类仪器的知名厂商。

请问:本案中,A公司是否应对B公司承担该批仪器在“甲”国销售和使用时所产生的侵权责任呢?

一、国际货物买卖中卖方的合同义务

依公约规定卖方主要承担以下四项义务。

(一) 交付货物

交付货物(delivery of goods)指卖方在某一特定地点和时间将货物交由买方处置的行为。

1. 确定交货地点的规则

依公约规定,如果买卖合同对交货的地点已有明确的规定,则卖方应当在合同规定的地点交货。但如果买卖合同对交货地点未做出规定,卖方应按下述三种情况履行其交货义务:

(1) 如果卖方没有义务在任何其他地方交付货物,卖方应在其订立合同时的营业地把货物交给买方处置。即在一般情况下,卖方的交货地点是卖方营业地。把货物交给买方处置既可以是直接交给买方,也可以是经货物的托管人交给买方,如果卖方已把货物交给仓库或承运人照管,则卖方将有关的单据如提单或仓库单据交给买方即认为已将货物交给买方处置。

(2) 如果卖方没有义务在其他任何特定地点交付货物,不要求卖方把货物运送给买方,合同涉及的是特定货物(specific goods)或者从特定存货(specific stock)中提取的(如从指定存放在某地的大米仓库中提取 1 000 吨大米),或者是尚待制造和生产的未经特定化的货物(unidentified goods),而且双方当事人在订立合同时已经知道这些货物是在某一特定地点(particular place)存放或将在某一特定地点制造和生产,则卖方应在该地点把货物交给买方处置(at the buyer's disposal)。



(3) 如果卖方没有义务在其他任何特定地点交付货物,且销售合同涉及货物运输,卖方应把货物移交(hand over)给第一承运人(the first carrier),就算履行了交货义务。

2. 交货时间的规则

依公约规定:

(1) 如果合同规定有交货的日期,或从合同可以确定交货的日期,卖方应在该日期交货;

(2) 如果合同规定有一段时间,或从合同可以确定一段时间,除非情况表明应由买方选定一个日期外,卖方应在该段时间内任何时候交货;

(3) 在其他情况下,卖方应在订立合同后一段合理时间内交货。至于何谓合理时间,应根据交易的具体情况来确定。

(二) 移交单据

国际货物贸易中的交货方式有实际交货和象征性交货两种。实际交货即是卖方亲自把货物连同代表货物所有权的单据一起交到买方手中,完成货物所有权与占有权的同时转移。在实际交货时,交货义务是在指定的时间、地点把货物提交到买方控制之下履行的。象征性交货即是卖方只把代表货物所有权的单据(提单、发票等)交到买方手中,完成货物所有权的转移即为完成交货义务。在象征性交货中,交货义务是卖方把代表所有权的单据交给买方,此时,交付单据的时间和地点即为履行交货义务的时间和地点。

无论是实际交货还是象征性交货,装运单据(shipping documents)在国际货物销售中都具有十分重要的作用。装运单据是买方提取货物、办理报关手续、转售货物以及向承运人或保险公司请求赔偿所必不可少的文件。按照国际贸易惯例,在大多数情况下,卖方都有义务向买方提交有关货物的各种单据。国际货物销售合同也往往规定,以卖方移交(hand over)装运单据作为买方支付货款的对流条件(concurrent condition)。因此,一般认为,在国际货物贸易中,移交单据是卖方的一项十分重要的义务。

公约规定:“如果卖方有义务移交(hand over)与货物有关的单据(document),他必须按照合同所规定的时间、地点和方式移交这些单据。如果卖方在该时间以前已移交这些单据,他可以在该时到达前纠正单据中任何不符合同规定的情形,但是,此权利之行使(the exercise of this right)不得使买方遭受不合理的不便或承担不合理的开支。

(三) 品质担保

公约将卖方应交付与合同或公约相符的货物的义务与交付货物的义务区别开来,作为一项独立的义务。根据公约,如果卖方已将货物交买方处置,货物表面符合合同,即使货物在质量与规格方面不符合合同,卖方仍履行了交货义务,但未履行品质担保义务。

1. 品质担保内容

公约规定,除双方当事人另有协议外,卖方承担以下质量担保义务:

(1) 货物适用于同一规格货物通常使用的目的;

(2) 货物适用于订立合同时买方明示或默示地通知卖方的任何特定目的,除非情况表明买方并不依赖卖方的技能和判断力,或者这种依赖对卖方来说是不合理的;

(3) 货物的质量应与卖方向买方提供的货物样品或样式相同;

(4) 货物应按同类货物通用的方式装入容器或包装,如无此种通用方式,则应按足以保全



和保护货物的方式装入容器或包装。

2. 卖方承担品质担保义务的时间

根据公约的规定：原则上货物在风险转移到买方的时候，没有出现不符合合同要求的情况，卖方就算已经尽了品质担保的义务。即卖方对风险转移后货物出现的不符合合同的情况原则上是不应负责任的。但以下两种情况是例外。

(1) 货物不是因管理不善的原因，而是在风险转移到买方之前本身就存在着瑕疵或缺陷，只是在当时没有显露出来，因而未被察觉，在风险转移后才表现出不符合合同要求的情况，在这种情况下，尽管风险已经转移到买方，但卖方仍应承担担保责任。

(2) 如果卖方违反他的某项义务所致，包括违反关于在一段时间内货物将继续适用于其通常使用的目的或某种特定目的，或将保持某种特定质量或性质的任何保证时，在这种情况下，尽管风险已经转移到买方，但卖方仍应承担担保责任。

如合同规定卖方对所交付的货物的质量保证期为2年，而买方在2年之内发现货物质量与合同的要求不符。

3. 品质担保的限制

根据规定卖方在下列情况下不需要承担品质担保责任：

(1) 买方在订立合同的时候，已经知道或者不可能不知道货物存在不符合合同对货物的质量要求；

(2) 买方没有在合理的时间内告知卖方货物不符合合同的情况。合理的时间是指实际收到货物后两年内，但是如果合同所规定的货物保证期限不止两年，则是指买方没有在保证期限内告知卖方货物不符合合同的情况。

(四) 权利担保

1. 权利担保的概念

权利担保是指卖方应保证对其所出售的货物享有合法权利，没有侵犯任何第三人的权利，权利担保包括所有权债权担保和知识产权担保。

2. 卖方的所有权和债权担保

根据公约规定，卖方所出售的货物除非买方同意，否则卖方必须保证自己所出售并将交付给买方的货物没有第三方对该货物提出任何权利或请求。即：

首先卖方必须对该货物拥有所有权，而且所有权是完整的。如，买方出售的货物虽然是属于自己所有的，但出售前货物已用于担保，这种情况下第三人就对该货物享有担保物权，这样的情况下，卖方对货物所拥有的所有权就不完整。

同时该货物还不能存在其他债权。如，在该货物出卖给买方之前，曾承诺卖给第三人，这种情况下第三人就有权要求得到该货物，这就意味着该货物存在其他债权。

3. 卖方的知识产权担保

知识产权包括工业产权（主要是商标权、专利权）和版权。卖方的知识产权担保义务是指卖方对他所交付给买方的货物必须在一定范围内承担不侵犯第三方知识产权的义务。

卖方承担知识产权担保的前提是：卖方对于自己将交付给买方的货物，在订立货物买卖合同的时候，就已经知道或不可能不知道，有第三方能针对货物，根据知识产权主张权利或提出请求。



卖方必须向买方承担责任的条件有以下两个：

(1) 买卖双方在订立合同时已经知道买方打算把该批货物在某一国境内转售或做其他使用，且买方在把卖方交付的货物在某一国境内转售或做其他使用时，有第三方根据该国的法律提出关于知识产权的权利或请求。

例如：卖方（A 国 a 公司）在与买方（B 国 b 公司）订立运动鞋买卖合同时就知道（或按理应是不可能不知道）要卖给 b 公司的运动鞋，其商标与外国某运动鞋生产商（第三方）的商标类同，该生产商可能会根据知识产权提出主张，同时在订合同时也知道买方 b 公司将会把该批运动鞋在 C 国国境内转售或做其他使用。在该批运动交付给 b 公司后，b 公司在 C 国境内转售时，某运动鞋生产商依据 C 国法律状告 b 公司侵犯商标权。在这种情况下，卖方 a 公司应当对买方 b 公司承担责任。这种责任表现为卖方 a 公司应代替买方 b 公司在法庭上辩驳某运动鞋生产商的指控，若能胜诉，则只是损失参与诉讼的有关费用；若是败诉，还要承担侵犯商标权的责任。

(2) （卖方在任何其他情况下）有第三方根据买方营业地所在国法律提出的知识产权主张时。

接上例，如果某运动鞋生产商根据买方 B 国的法律状告买方 b 公司侵犯商标权，这种情况下，卖方 a 公司也要对买方承担责任。

卖方无须向买方承担知识产权义务的例外情况：

① 买方在订立合同时，已经知道或不可能不知道第三方对货物会提出有关侵犯工业产权或其他知识产权的权利或请求权；

② 第三方所提出的有关侵犯工业产权或其他知识产权的权利或请求权，是由于卖方按照买方提供的技术图样（technical drawings）、图案（designs）、程式（formulae）或其他规格（specifications）为其制造产品而引起的。

4. 权利担保的时间限制

根据公约规定，如果卖方不知道有第三方就卖方出售给买方并已交付给买方的货物提出权利或请求，同时买方又没有在合理时间内将第三方所提出的权利或请求的性质通知卖方，买方就丧失要求卖方承担权利担保的权利。

二、国际货物买卖中买方的合同义务

根据公约规定买方的合同义务有：

（一）支付价款（payment of the price）

买方支付价款的义务包括根据合同或任何法律和规章的要求，采取必需的步骤（take such steps）并履行必要的手续（comply with such formalities），以便支付价款。

1. 采取必需的步骤并履行必要的手续

国际贸易因为付款的程序复杂，且涉及外汇管制问题，如果买方未履行必要的手续，则可能不能支付货款，所以采取必要的步骤并履行必要的手续在国际贸易中十分重要。此方面的义务与支付货款本身构成买方支付货款的义务，因此，如果买方没有完成一切必要步骤和手续，除非有符合规定的免责事由，否则也构成违约。

采取必要的步骤和履行必要的手续主要是指为支付货款，买方应做的先期准备工作，包括申请银行开立信用证或取得银行保函；向政府机构登记销售合同；在实行外汇管制的国家，向



政府申请取得为支付货价所必需的外汇，以及获得政府授权将外汇汇出境外。

2. 确定货物的价格

依公约的规定：如果国际货物销售合同已经约定了货物的价格或约定了确定货物价格的方法买方应当按合同约定的价格支付货款；如果合同已有效地订立，但没有明示或暗示地规定价格或规定如何确定价格，在没有任何相反表示的情况下，双方当事人应视为已默示地引用订立合同时此种货物在有关贸易的类似情况下销售的通常价格。

3. 支付价款的时间

买方支付价款的时间问题是一个与卖方履行合同义务密切相关的问题，根据公约的规定：

(1) 如果国际货物销售合同未规定买方应当何时付款，则买方应当在卖方按合同和公约的要求把货物或把代表货物所有权的装运单据（如提单）交给买方处置时支付价款。卖方可以把支付价款作为移交单据的条件，即付款与交单互为条件。如果买方不付款，卖方没有义务把货物或单据交给买方，反之，如果卖方不把货物或单据交给买方，买方也没有义务支付货款。

(2) 如果国际货物销售合同涉及货物运输，卖方可在销售合同中订明，必须在买方支付价款时，方可把货物或代表所有权的装运单据交给买方。

(3) 未有机会检验货物以前，买方没有义务支付价款，除非此种检验的机会与双方当事人约定的交货或支付程序相抵。

4. 支付价款的地点

支付价款的地点在国际货物贸易中也是十分重要的问题，它直接关系到卖方能否安全地收到价款。如果约定的支付地点实行外汇管制或因外汇短缺而限制外汇的汇出，买方就无法履行其支付货款义务，卖方也不可能取得货款。所以，支付货款的地点应是既有利于买方支付货款也有利于卖方收取货款的地点。

如果买卖双方已在销售合同中对付款的地点做出具体的规定，买方应在合同约定的地点付款。

如果销售合同未对付款地点做出规定，按公约的规定买方就必须在以下地点向卖方支付价款：

(1) 卖方的营业地，如果卖方有一个以上的营业地，以与合同及合同的履行关系最密切的营业地为准；如果卖方营业地在订立合同后发生变动，因而增加支付方面的有关费用，卖方必须承担。

(2) 如凭移交（**against handing over**）货物或单据支付价款，则为移交货物或单据的地点。

（二）受领交付（接受货物）

依公约规定，买方受领交付（**taking delivery**）的义务主要包括以下两项内容：

(1) 采取一切理应采取的行动，以期卖方能交付货物。为了使卖方能顺利交付货物，买方应当采取的行为包括指定准确的发货地点，委托代理人接收货物，依贸易术语的要求做出相应的运输安排等。总之，此规定是要求买方合作。

(2) 收取货物。买方有义务在卖方交付货物时收取货物。如买方不及时收取货物，有时可能会对卖方的利益产生直接影响。因为当卖方有义务将货物运送给买方时，卖方一般都要求买方及时卸货并提走货物。如果买方不及时提货，卖方可能要对承运人支付滞期费及其他费用，对此买方应承担责任。



第三节 国际货物买卖中的风险



课堂案例

甲国M公司与乙国J公司达成一宗货物买卖，合同没有约定风险但约定交货地点和时间，卖方M公司按规定把货物送达交货地点某仓库且标明是交给J公司的，并通知了买方J公司。J公司因故未能在交货时间内取货，正好仓库发生火灾，该批货物全部烧毁。J公司因没有提货而拒绝付款。

请问：依公约规定J公司是否应承担付款义务？

一、货物风险的转移时间

（一）销售合同涉及运输时风险转移时间

依公约规定，在买卖合同涉及运输时，风险转移及其转移的时间应该是这样的：

（1）除了当事人另有约定外，运输的风险由买方承担。也就是说合同没有规定运输风险由谁承担时，风险应由买方承担。

（2）卖方有权保留控制货物处分的单据，并不影响风险的转移。卖方保留货物处置权的单据，只是作为买方支付价款的担保，买方不能以卖方还掌握着货物处置权的单据为理由否认风险转移的。

（3）风险转移的前提是货物已在交货地点，并且已通过一定的方式清楚地表明属于合同所要求的货物。表明货物属于合同所要求之货物可采用的方式有：货物上加标志，以货物的装运单据，以向买方发出通知等。

这里应注意，只要货物符合上述要求，如果交货时限已过，而买方没有安排或所安排的承运人未实际承接货物，都算货物已经交付。

（4）如果卖方没有义务在特定地点交付货物的情况，自货物按销售合同交付给第一承运人时风险转移到买方承担。

这就是说，如果合同中没有规定卖方必须在某个具体地点交货时，卖方自货物交给第一承运人时起不承担货物的风险。

（5）如果卖方有义务在某一地点把货物交给承运人，在该地点货交承运人之前，风险另在卖方。

（二）货物在运输途中出售时间为风险转移的时间

当卖方先把货物装上驶往目的地的船舶，然后再寻找适当的买主订立买卖合同时，此种交易就是在运输中进行的货物销售，在外贸业务中称为“海上路货”（Floating Cargo）。公约第68条对此规定了3种解决办法：

（1）对于在运输途中出售的货物，原则上从订立买卖合同时起，风险就转移给买方承担。

（2）如果情况表明有需要时，则从货物交付给签发载有运输合同单据的承运人时起，风险



就由买方承担。

(3) 如果卖方在订立买卖合同时已知道或理应知道货物已发生灭失或损坏,而他又隐瞒这一事实不告知买方,则此种损失由卖方负责(即风险仍由卖方承担)。

(三) 销售合同不涉及运输时风险转移的特定时间

根据公约规定,销售合同不涉及运输即由买方自行安排运输,在这种情况下货物风险的转移时间区分如下:

1. 卖方在其营业地把货物交给买方处置的(买方自备运输工具到卖方的营业地提货的)

(1) 如果买方在适当时间内取货的,从买方到卖方的营业地收取货物时起,即买方或其代理人在物理上能控制货物时起,风险从卖方转到买方承担。

(2) 如果买方不在适当时间内收取货物,则从货物交给他处置但他不接收货物(take delivery)从而违反合同时起,风险转移从卖方转移到买方承担。但是如果当时货物还未加识别从而未能表明货物是合同所交付的货物时,不能视为货物已经交给买方处置。

具体来说:如果在卖方营业地的货物,货物上已做了识别,清楚的注明该货物是合同所交付的货物,这种情况下,一旦交货的最后期限已过时(即买方已违反合同时)风险就开始转移到买方。

由于买方未及时取得进口许可证等原因,就会出现到期不接收货物的情况。

2. 买方有义务在营业地之外某一地点接收货物的

交货时间已到,货物已在交货地点,货物上已做识别,清楚的注明货物是属于合同所交付的货物,且买方知道货物已在该地点交给他处置的,在这种情况下风险转移到买方。

(四) 当事人约定货物风险转移的时间

根据公约的规定,国际货物销售合同的双方当事人可在合同中约定货物的风险从卖方承担转移到买方承担的时间及条件,或使用某种国际贸易术语(如 FOB、CIF)来规定货物风险从卖方承担到买方承担的时间及条件。如果双方当事人在合同中对此做有具体规定,其效力高于公约的规定。因此,以上所述的《销售合同公约》有关风险转移的各项规定,仅适用于在货物销售合同就风险转移未做具体规定的情况,如双方当事人在合同中已就货物风险做出约定,则按照合同约定。这与我国国内买卖合同不同。我国国内合同的约定如果违反我国合同法律的规定则合同的约定是没有效力的。

(五) 货物风险转移的后果

公约规定:“货物在风险转移到买方承担后灭失(loss)或损坏,买方支付价款(pay price)的义务不因此解除,除非这种灭失或损坏是由于卖方的行为或不行为造成。”根据此项规定,一旦风险转移于买方之后,买方就要对货物的损失承担责任,即使货物遗失或损坏,买方仍须支付价款,而不得以此为理由拒付价款。

二、根本违反合同(Fundamental breach of contract)与风险转移

(一) 根本违反合同

依公约的规定,如果合同当事人一方违反合同,导致另一方当事人从根本上无法实现合同



的目的,而且任何一个与当事人具有相同资格的正常人都都会预知到会给对方造成这样的结果的。这种情况下便是根本违反合同。

从公约的规定可看出,公约对根本违反合同采取的衡量标准是,看违反合同的后果是否使对方蒙受重大的损害,即违反合同后果的严重程度。

例如:我国有一家企业出口一批圣诞礼品到德国,因为自身的责任未能在合同约定的时限发货,导致货物未能在圣诞日前到达,对方就会认为我方企业根本违反合同。

但如果出口的是一般的电器产品即使是因故未能依合同给定时间发货,虽是违反合同,但不能说是根本违反合同。

(二) 根本违反合同时的风险转移

依公约规定,即使货物风险已从卖方承担转移到买方承担,但如果卖方根本违反合同,货物因风险造成的损失,买方有权采取因对方根本违反合同而可以采取的各种救济办法(remedies)进行索赔。

如上例,该批迟发的圣诞礼品在圣诞前一天,在离目的港不远的海上遭遇风险,如果海上风险责任依合同约定应由买方承担的,但在这种情况下买方除追究违约责任外,还会就风险造成的损失向中方索赔。

而如果是上例第二种情形,如果海上风险责任依合同约定应由买方承担的,在这种情况下,对方可以追究延期发货的违约责任,而不能就海上风险损失向中方索赔。

第四节 国际货物买卖对方违约的救济办法



课堂案例

广东省A皮箱厂是广东省某县的一家乡镇小厂,该厂生产的皮箱式样美观,结实耐用,用料考究,于20世纪80年代中期打入香港市场,很受欢迎。1991年2月,香港B家具行向A皮箱厂发出购买皮箱1 500只的要约,并对皮箱的式样、用料提出了特殊要求,还要求皮箱必须在4月5日之前交货。皮箱每只1 500港元。A皮箱厂接受了该要约,于2月10日,双方正式签约。签约后,A皮箱厂即按照买方要求,抓紧开始生产。3月15日,A皮箱厂收到B家具行的传真,传真声称A皮箱厂是乡镇小厂,产量极低,将不能履行合同,B家具行认为A皮箱厂将预期违约,故而宣告撤销合同。A皮箱厂收到传真后,立即回电说,尽管本厂产量不高,但签约后已组织工人加班生产,每日产量已达到50只,至3月15日已完成900多只,完全可能按期交货,B家具行撤销合同是不合法的。B家具行未作回答。4月3日,A皮箱厂电告B家具行,1 500只皮箱已按要求完全完工,请做好提货准备。但B家具行回传真说:合同早已撤销,不准备提货。A皮箱厂于5月份向北京中国贸易仲裁委员会提起仲裁。

请问:香港B家具行称A皮具厂将预期违约并宣告撤销合同是否已经有效成立?

违反销售合同的救济办法是指一方当事人违反合同时,另一方当事人依法获得补偿的方法。



一、卖方违反合同时买方的救济方法

在国际货物贸易中，卖方违反合同主要存在以下几种情况：

- (1) 不交付货物；
- (2) 不移交单据；
- (3) 延迟交付货物；
- (4) 延迟交付单据；
- (5) 交付的货物不符合销售合同的规定；
- (6) 第三方对所交付的货物存在权利或请求权。

如果卖方有上述行为，根据公约的规定买方可以根据具体情况要求对方承担相应的责任。

(一) 要求卖方履行合同义务

如果卖方不履行合同，买方原则上首先应给对方履行合同的宽延期并要求对方履行合同，在宽延期内，不能对违反合同采取其他救济办法。如果卖方在宽延期履行了合同，买方还有权追究对方因延期履行所应承担的责任。如果卖方在接到宽延履行的通知后，声称不在规定时间内履行义务，买方便可采取其他救济办法。

(二) 要求卖方交付替代货物

如果卖方所交付的货物不符合合同的情形十分严重，已构成根本违反合同。这种情况下买方可要求对方交付替代货物。但买方必须在向卖方发出货物不符合合同的通知时提出此项要求，或者在发出上述通知后的一段合理时间内提出此种要求。

(三) 要求卖方对货物不符合合同之处进行修理

如果货物不符合合同的情况并不严重，尚未构成根本违反合同，只须卖方加以修理，即可使之符合合同。在这种情形下，买方可以要求卖方通过修理对“不符合合同之处”做出补救。买方提出修理的要求必须与发出的货物不符合的通知同时提出，或在该项通知发出后一段合理时间内提出。

但如果买方考虑了所有情况后认为要求对方修理不合理，可以不提出此要求。这种情况下便可向卖方提出如减价或赔偿。

如果买方要求对方修理，而对方声明不对货物进行修理，这种情况下买方便可向卖方提出如减价或赔偿。

(四) 要求卖方减价

如果卖方所交付的货物与合同不符，不论买方是否已经支付价款，买方都可以要求减低价格。减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值两者间的比例计算。但是，如果卖方已对任何货物不符合合同处做出了补救，或者买方拒绝接受卖方对此做出补救，买方就不得减低价格。

如果卖方对买方因货物与合同不符而提出的要求，既声明不修理、也不减价，买方便可要求卖方赔偿。



（五）宣告合同无效

只有在特定情况下，且符合相关规定买方才享有宣告合同无效的权利。

1. 可宣告合同无效的情形

（1）卖方不履行其在合同中或公约中规定的任何义务，不论交付货物、移交单据，还是品质担保、权利担保，已构成根本违反合同，即卖方违反合同的结果使买方蒙受损害，已根本上剥夺了买方依据合同有权期待得到的东西，则买方可以宣告合同无效。

（2）如果卖方不按合同约定交付货物，在买方给予的宽限期内仍不交货，或卖方声明他将不在买方给予的宽限期内交货，则买方可以宣告合同无效。

2. 宣告合同无效的相关规定

如果卖方货物已经交付，但是交货迟延，这种情况下买方宣告合同无效的通知必须在卖方交货后的一段合理时间内做出。

如果卖方货物已经交付，但存在迟延交货以外的任何违反合同的情形，这种情况下买方宣告合同无效的通知必须在已经知道或理应知道这种违反合同的事情后的一段合理时间内做出。

如果在履行合同最终期限之前，已明显看出卖方将根本违反合同，买方可以通知对方，宣告合同无效（预期根本违约）。

（六）请求损害赔偿

损害赔偿是公约规定的一种主要的救济方法。如果卖方违反合同，买方可以要求损害赔偿，而且买方要求损害赔偿的权利，不因其已采取其他补救方法而丧失。也即，即使买方已经采取了拒收货物、要求交付替代物、宣告合同无效等救济方法，但他仍然有权要求卖方赔偿因其违反合同所造成的损失。

（七）买方中止履行义务

根据公约规定，如果订立合同后，卖方有下列情形的，买方可以中止履行合同义务：

（1）卖方在履行合同的能力或信用方面存在严重缺陷。

（2）卖方在准备履行或履行合同的行为方面表明他将不能履行合同中的大部分重要义务。

买方中止履行义务，不论是发生在货物发运之前还是之后，都必须立即通知卖方，如经卖方对履行义务提供充分（adequate）保证，则他必须继续履行义务（这是关于预期违反合同的规定）。

（八）部分交付货物或部分符合合同时的救济方法

根据公约规定，当卖方只交付一部分货物，或者卖方所交付的货物中只有一部分与合同的要求相符合时，买方只能对漏交的货物或对与合同要求不符的那部分货物采取前述的各种救济方法。但一般不能宣告整个合同无效或拒收全部货物。只有卖方完全不交付货物，或者不按合同规定交货已构成根本违反合同时，买方才可以宣告整个合同无效。

（九）提前交货或超量交货时的救济方法

根据公约规定，如果卖方在合同规定的日期以前交付货物，买方可以收取货物，也可以拒绝收取货物。如果卖方在提前交付货物遭到拒绝后，等到合同规定的交货期临近的时候再次向



买方交付货物，则买方仍须收取这批货物。

如果卖方所交付货物的数量大于合同规定的数量，买方可以收取全部货物，也可以拒绝收取多交部分货物，而只收合同规定数量的货物，但不能拒收全部货物。如果买方收到多交部分的货物，他就必须按合同规定的价格付款。

二、买方违反合同时卖方的救济方法

在国际货物贸易中，买方违反合同主要存在以下几种情况：

- (1) 不支付货款；
- (2) 延迟支付价款；
- (3) 不受领交付货物；
- (4) 延迟受领交付货物。

依公约规定，卖方可以根据具体情况采取相应的救济方法：

(一) 要求买方履行其合同义务

根据公约规定，如果买方不履行其在合同及公约中规定的任何义务，卖方可以要求其履行义务，卖方可以要求买方支付货款、接受货物或履行他的其他义务，只要卖方没有采取与此一要求相抵触的某种救济办法。

卖方可以规定一段合理时限的额外时间，让买方履行义务。除非卖方收到买方的通知，声称他将不在所规定的时间内履行义务，卖方不得在这段时间内对违反合同采取任何补救办法。当然，卖方并不因此丧失他对“迟延履行义务”可能享有的要求损害赔偿的任何权利。

(二) 要求买方支付利息

根据公约规定，如果一方当事人没有支付价款或任何其他拖欠金额，另一方当事人有权对这些款额收取利息，但这并不妨碍根据公约规定可以取得的损害赔偿请求权。

(三) 卖方自行确定货物规格

在国际贸易中，买方在订立合同时有可能对拟订货物的某些规格不做规定，而留待日后由买方确定。

针对此情况，公约规定：“(1) 如果买方应根据合同规定订明货物的形状、大小或其他特征，而他在议定的日期或在收到卖方的要求后一段合理时间内没有订明这些规格，则卖方在不损害其他可能享有的任何其他权利的情况下，可以依照他所知的买方的要求，自己订明规格。(2) 如果卖方自己订明规格，他必须把订明规格的细节通知买方，而且必须规定一段合理时间，让买方可以在该段时间内订出不同的规格。如果买方在收到这种通知后没有在该段时间内这样做，卖方所订的规格就具有约束力。”

这一规定的目的是阻止买方通过拒绝提供货物规格来逃避其应承担的合同义务。

(四) 宣告合同无效

1. 综合公约规定有关规定可宣告合同无效的情形

(1) 如果买方不履行其在合同中或公约中规定的任何义务，不论是不支付价款、不受领交付货物，还是迟延履行义务，已构成根本违反合同，即买方违反合同的结果使卖方蒙受损害，



已实质上剥夺了卖方依据合同有权期待得到的东西，则卖方可以宣告合同无效。

(2) 如果买方不按合同约定支付价款或受领交付货物，在卖方给予的宽限期内仍不支付价款或仍不受领交付货物，或买方声明他将不在卖方给予的宽限期内支付价款或受领交付，则卖方可以宣告合同无效。

2. 宣告合同无效的相关规定

(1) 如果买方已经支付价款，但是履行义务迟延，则卖方必须在知道买方履行义务前宣告合同无效，否则，他就将失去宣告合同无效的权利。

(2) 如果买方已支付价款，但存在迟延履行义务以外的任何违反合同的情形，如在货物到港后无理拒收货物等，则卖方必须在已经知道或理应知道这种违反合同情事后的一段合理时间内宣告合同无效，否则亦将失去宣告合同无效的权利。

(3) 如果在履行合同日期之前，明显看出买方将根本违反合同，卖方可以宣告合同无效（这是关于预期根本违反合同的规定）。

3. 宣告合同无效的效果（effects of avoidance）

卖方宣告合同无效后，即解除了买卖双方的合同义务。意味着卖方不需交付货物，买方不需要支付价款，如果卖方已经交货，卖方可以要求归还货物。

宣告合同无效并不终止违反合同一方对其违反合同所引起的损害赔偿赔偿责任。也不终止合同中关于解决合同中关于解决争议的任何规定，销售合同中的仲裁条款不会因为买方宣告合同无效而终止效力。

（五）请求损害赔偿

从公约中看出，损害赔偿是一种主要的救济方法。如果买方违反合同，卖方可以要求赔偿，而且卖方要求损害赔偿的权利，不因其已采取其他救济方法而丧失。

根据公约规定，如果卖方在宣告合同无效，而在宣告合同无效后的一段合理时间内，卖方已以合理方式把货物转卖，则卖方可以取得合同价格和转卖价格之间的差额。以及因买方违反合同而造成的其他损害赔偿。

根据公约规定，如果卖方在宣告合同无效之后，没有将货物转卖，而此项货物以又有时价（current price），则买方可以取得“原合同规定的价格”和“宣告合同无效时的时价”之间的差额，以及因买方违反合同而造成的其他损害赔偿。

三、有关违反销售合同救济的几个问题

（一）损害赔偿的原则与范围

1. 损害赔偿的归责原则

(1) 严格责任原则：公约未将过错作为当事人承担违约承担的前提，因此可以认为公约采取严格责任原则。

(2) 损害赔偿与其他救济方法并用的原则：公约规定，如果卖方违反合同，买方可以要求损害赔偿，而且买方要求赔偿的权利，不因其已采取其他补救方法而丧失；如果买方违反合同，卖方可以要求损害赔偿，而且卖方要求赔偿的权利，也不因其已采取其他补救方法而丧失。



2. 损害赔偿的责任范围

公约规定,一方当事人违反合同应负责的损害赔偿额,应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。

这种损害赔偿额相当于大陆法系国家的实际损失和所失利益。从损害赔偿的法理上讲,公约要使受损害一方的经济状况与合同假如得到履行时他本应得到的经济状况相同。

公约还规定,损害赔偿不得超过违反合同一方在订立合同时,依照他当时已知道或理应知道的事实和情况,对违反合同预料到或理应预料到的可能损失。

此责任范围的限制借鉴英国法中的可预见原则,即当事人一方违约时合同另一方当事人有权获得的赔偿以当事人双方在订立合同时能够合理地预见到由该违约行为所造成的损害为限。如果该违约行为在通常情况下会自然地导致所发生的损害,这一损害就可以合理的视为当事人双方在订立合同时能够合理的预见到的由该违约行为所造成的损害;否则的话,只有当违约方已经知道其违约行为将会造成后来所造成的那种损害时,这一损害才能被合理的视为当事人双方在订立合同时能够合理地预见到的由该违约行为造成的损害。

3. 守约方减轻损失的义务

公约规定:“声称另一方违反合同的一方,必须按情况采取合理措施,减轻由于另一方违反合同而引起的损失,包括利润方面的损失。如果他不采取合理措施,违反合同一方可以要求从损害赔偿中扣除原本可以减轻的损失数额。”

(二) 预期违反合同的救济方法

预期违反合同(Anticipatory breach),指在合同订立后,合同规定的履行期到来以前,已有根据预示合同的一方当事人将不会履行合同义务。

大部分国际货物销售合同的履行都有先后之分,因此,既可能出现买方预期违反合同,也可能卖方预期违反合同。依公约规定预期根本违反合同主要内容有:

预期违反合同的救济方法是中止履行合同义务或行使停运权或宣告合同无效。

(1) 一方当事人已明显地显示他将不履行其大部分重要义务时,对方有权中止履行自己的合同义务。如果卖方已将货物发运后,才发现买方预期违反合同,则他可阻止将货物将交付给买方。但是,如果在履行合同日期到来之前,已明显看出一方当事人将根本违反合同,则他方当事人不仅有权中止履行合同,而且可以宣告合同无效(declare the contract avoided)。所以对预期违反合同须视其是否构成根本违反合同,而分别采取中止合同或宣告合同无效这两种不同的救济方法。

(2) 一方采取中止履行合同这种救济方法时必须具备的条件为:对方显然将不会履行其大部分重要义务。

公约规定以下两种情况构成“显然将不履行大部分重要义务”:①当事人履行义务的能力或其信用有严重缺陷,例如买方在订立合同后失去偿付能力或已宣告破产;②当事人在准备履行合同或履行合同中的行为已显然显示出他将不履行其大部分重要义务。此外,如果订立合同后,一方当事人所在国发生战争或实行封锁禁运,也可以认为他将不能履行其大部分很需要义务。

(3) 在采取中止履行合同义务的救济方法时必须进行通知对方当事人的程序。公约规定宣



告中止履行义务的一方当事人，不论是货物发运前或后，必须立即通知他方当事人，如果他方当事人对履行义务提供充分保证，则必须继续履行义务。因为中止合同只是暂时停止履行合同，而不是解除合同，因此，只要对方当事人提供了充分的履约担保，例如，当买方信用下降时，可由银行为其提供信用担保（如银行保函），在此种情况下，宣告中止履行合同的一方仍须继续履行其合同义务。

（三）公约对分批交货合同救济方法的规定

（1）如果一方当事人不履行对其中任何一批货物的义务，已对该批货物构成根本违反合同，则对方可以宣告合同对该批货物无效。但不能宣告整个合同无效。

（2）如果一方当事人不履行他对任何一批货物的义务，使对方当事人有充分理由断定今后的各批货物也将会发生根本违反合同，则可以在一段合理时间内宣告合同今后无效。但对在此以前已经履行义务的各批货物不会因此也无效。

（3）当买方宣告合同对某一批交货无效时，如果合同项下的各批货物是互相依存的，不能单独用于双方当事人在订立合同时所设想的目的，则买方可以同时宣告合同已经交付或今后交付的各批货物均为无效，即可以宣告整个合同无效。这主要是指大型设备分批装运交货的情况。



案例分析

德国建筑商A于1993年8月底与美国生产商B联系，要求美国生产商B向其报4万吨钢缆的价格，并明确告诉美国生产商B，此次报价是为了计算向某项工程的投标，投标将于同年10月1日开始进行，10月10日便可得知投标结果。同年9月10日，美国生产商B向德国建筑商A发出正式要约，要约中条件完整，但要约中既没有承诺期限，也没有注明要约是不可撤销的。同年9月中，国际市场钢缆的价格猛涨，在此种情况下，B于10月2日向A发出撤销其9月10日要约的传真。同年10月10日A得知自己中标的消息后，仍立即向B发去传真，对9月10日的要约表示承诺。此后，B争辩他已于10月2日撤销要约，因此合同不能成立。双方就合同是否有效发生纠纷。

第五节 国际海上货物运输方式和运输合同



课堂案例

广东海外经济贸易公司委托广州远洋运输公司运输3 009吨精矿，船抵香港后，香港越卓企业有限公司凭副本提单加保函办理提货手续，广东海外经济贸易公司收不到货款，于是以正本提单起诉广州远洋运输公司，广州远洋运输公司不得已起诉香港越卓企业有限公司。

请问：香港越卓企业有限公司的提货保函是否应按善意保函认定呢？这两个相关纠纷该如何判决呢？



一、国际海上货物运输方式

（一）国际货物运输及其方式

国际货物运输是指采用一种或多种运输方式，把货物从一国的某地点运至另一国的某一地点的运输。国际货物运输因采用的运输工具与运输方式不同，而划分为不同种类。主要有：国际海上货物运输、国际铁路货物运输、国际航空货物运输、国际公路货物运输和国际货物多式运输等。国际海上货物运输是国际货物运输史上最早的运输方式之一，也是当今国际货物运输中最主要的运输方式，因此在这里加以介绍。

（二）国际海上货物运输及其特点

国际海上货物运输是由承运人将货物从一国港口运至另一国港口并由货方支付运费的运输。国际海上货物运输具有运输量大、运输成本低的优点，同时又有运输速度慢、风险较大的缺点。

（三）国际海上货物运输方式

依运输方式的不同，海上货物运输又分为班轮运输和租船运输两种方式。

1. 班轮运输

班轮运输是由作为承运人的船运公司以固定的航线、固定的船期、固定的运费率、固定的挂靠港口组织的将托运人的件杂货物运往目的地的国际海上货物运输方式。班轮运输的特点在于“四固定”：

固定国际航线是指由承运人规定的、固定的货物运输线路，即启运港与最终目的港固定。如某远洋公司固定经营中国上海港至美国纽约港之间的货物运输，上海港与纽约港之间的航行路线即为固定国际航线。

固定的停靠港口是指承运人在固定国际航线上运输货物时，要在固定的港口停留以装货和卸货。

固定船期是指承运人确定的船舶发航、停靠和到达目的港的时间或承运人从事固定航线运输的时间。如承运人规定从上海港至纽约港的运输每个月一个航次，每月15日从上海开航。

固定运费率是指承运人在一定时期内根据货物的不同性质和货物启运港与目的港的运输距离所确定的相对稳定的运费比率，这种费率对所有托运人均适用。

国际班轮货物运输又称国际定期船运输、国际件杂货物运输或提单国际货物运输，是国际海上货物运输中使用最广泛的一种运输方式。国际班轮货物运输主要适用于航线港口零散货物运输，即用于运输数量小、货价高、交接港口分散的货物。

2. 租船运输

租船运输是指出租人将船舶的全部或部分或指定舱位租给货主的国际海上货物运输的方式。这种运输方式，没有预定的船期表，航线、停靠港口、航行时间都不固定，可随时根据货源的情形决定去向。一般而言，这种形式的运输组织较为简单，有一艘船便可从事这种运输，其所承运的货物以大宗货物或散装货物（bulk cargo）为主，例如谷物、矿砂等。运费或租金随各地区、各个不同时期的市场行情而定。

租船运输一般是船舶承租人（租船人）通过订立租船合同的方法承租船舶或船舶的全部或



部分舱位装载货物所进行的运输。船舶行驶航线,装运货物,以及航行时间是根据承租人(租船人)的要求,在租船合同中约定的。租船运输有光船租船运输、定期租船运输和航次租船运输的区别。

(1) 光船租船运输是指租船人以支付约定租金的形式,取得船舶所有人提供不配备船员的光船,由租船人雇用船员,在约定期限内使用船舶所进行的运输。租船人取得了船舶的经营权,船舶所有人除了提供适航的船舶外不再承担其他责任。在光船租船运输中,船舶所有人(出租人)与租船人只有租船关系,没有运输关系。租船人使用船舶运送他人的货物时,租船人是承运人,与他人形成运输合同关系,而这种关系是与船舶所有人没有关系的。

(2) 定期租船运输是租船人支付约定租金(运费),取得由船舶所有人提供的配备有船员的船舶,在约定期间内使用船舶所进行运输。租船人既可以用船舶运送自己的货物,也可以运送他人的货物,租船人既是承运人又是托运人,还是收货人。因此租船人与船舶所有人也只有租船合同关系,不存在运输合同关系。租船人如果运送他人的货物,则租船人是承运人与他人形成运输合同关系,而这种运输关系也是与船舶所有人无关。

(3) 航次租船运输是船舶所有人出租特定航次的船舶或者船舶的部分舱位给租船人装载货物,并把租船人的货物运往约定目的港的运输。船舶由出租人经营管理,并由其雇用船员,租船人除支付约定运费外,还按约定负担装卸等费用,不直接参与船舶经营。租船人在装运港将货物装上船后交由出租人运送至指定目的港交给收货人,航行的迟延由承运人(出租人)负责。因此,船舶所有人既是船舶出租人也是货物承运人,形式上是租船关系,实质上是货物运输关系。

二、国际海上货物运输合同

(一) 国际海上货物运输合同的概念和法律特征

国际海上货物运输合同是指承运人或船舶出租人使用船舶将托运人托运的货物,从一国某地港口运至另一国某地港口,由托运人或收货人或船舶承租人支付运费或租金的合同。国际海上货物运输合同一般分为国际班轮货物运输合同和国际租船货物运输合同。国际海上货物运输合同有以下法律特征:

(1) 合同是双方诺成的合同。合同经双方协商一致或经双方共同签署,即告成立。在当事人之间产生法律上的权利义务,任何一方必须向对方履行该合同约定的义务,如果一方违约,需承担违约责任。未经双方同意不得任意变更或解除合同。

(2) 合同具有特定的当事人,但效力及于第三人。除了缔约当事人外,合同履行中还涉及第三方的利益。作为承运人虽只是直接与货物的托运人签约,但其承运的货物往往是运送给托运人之外的货物收货人,收货人虽不是合同的签约人,但承运人与收货人因货物运输合同而存在着合同上的权利义务。

(3) 合同是承运人承揽货物运输,提供运输服务的合同。

(4) 合同是书面要式合同。合同的形式主要有三类:

① 双方根据一方提供的(通常是承运方印制的)格式合同书进行条款的增、删,在协商一致的基础上形成的合同书或协议书。

② 由承运方单方面印制和签发的提单;

③ 其他书面形式,如传真、电子邮件等。



（二）国际海上货物运输合同的当事人

在班轮运输合同中，除作为合同当事人的承运人与托运人之外，合同还涉及到作为第三人的实际承运人和收货人。在租船合同中合同的当事人是出租人和承租人。

（1）承运人（carrier）是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立海上货物运输合同的人。承运人为船舶所有人或船舶经营人，承担运输任务的航运公司。承运人可能亲自收取托运人的货物从而与托运人形成运输合同关系，承运人也可能委托他人以承运人的名义收取托运人的货物从而与托运人形成运输合同关系（托运人的货物可能是托运人亲自送来的，也可能是委托他人以本人的名义送来的，也可能是委托他人作为本人送来的）。

（2）托运人是指本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人与承运人订立海上货物运输合同的人。托运人是有货物要托运的人，亲自将货物交给航运公司承运的人；委托他人以本人名义将货物交给航运公司承运的人；委托他人作为本人将货物交给航运公司承运的人。

（3）实际承运人是指受缔约承运人的委托，从事货物运输或部分货物运输的人，包括接受转委托从事运输的其他人。当货运公司或船公司作为承运人与托运人订立海上货物运输合同后转而委托其他船公司承运，接受委托的其他船公司，以自己的行为完成实际运输，即为实际承运人。尽管实际承运人不是运输合同的当事人，但也须对其承运的那一段期间货物损坏承担责任，也有运费的请求权。

（4）收货人（receiver）是指有权提取货物的人。在国际海上货物班轮运输中，提单是运输的书面凭证，提单中的收货人已经注明的，被注明的人即为合法收货人；提单未注明，收货人由托运人根据具体情况在事后指明，如果未注明，则提单的持有人为收货人。收货人不是合同的当事人，但如货物在运输中受损，收货人也有权索赔。在运输合同约定运费到付的情况下，收货人有支付运费的义务。

（5）出租人是指与承租人（租船人）订立海上租船货物运输合同并将其所有或经营的船舶全部或者船舶的部分舱位给承租人使用或经营、并向承租人收取租金或运费的人。在国际海上货物运输中，出租人为船舶所有人或经营人。

（6）承租人（租船人）是指与出租人订立海上租船货物运输合同、租用船舶或船舶全部或部分舱位并支付租金或运费的人。

（三）国际班轮货物运输合同

1. 国际班轮货物运输合同的成立方式

国际班轮海上货物运输合同又称杂货运输合同或零担运输合同，是由作为承运人的班轮运输公司（船公司）依约定为托运人运输货物，并依约定收取运费的合同。国际班轮海上货物运输合同的成立，虽然也可以通过双方订立正式的运输合同书的方式成立，但就一般情况而言，这样做是很少的。

班轮海上货物运输合同成立的方式通常是通过托运人填写托运单（booking note）和装货单（shipping order, S/O）并送承运人或其代理人之后，经其签署确认而成立。因此，班轮海上货物运输通常是只有有关货物托运的单证而没有正式的运输合同书。在没有正式合同书的情况下，班轮海上货物运输合同的内容仍可通过托运货物的有关单证表现出来。只要了解托运货物的有关单证，便可把握该货物的货物运输合同的内容。



2. 班轮运输中有关货物单证的形成

(1) 订舱与装货单。在班轮运输中,首先须由托运人或其代理人向班轮运输公司或其代理人申请货物运输,申请时由托运人填写订舱单,订舱单中应填写货物和的详细情况、卸货地点、装运数量、起止日期等内容。承接运输业务的班轮运输公司在接受了托运人提出的装运申请后,便将货物的装货单签发给托运人。这意味运输公司作为承运人接受货物托运,这时运输合同成立。这个过程称为订舱。托运人所填写的订舱单应当属于要约,而班轮运输公司签发装货单是对托运人订舱申请的承诺。

目前我国实务中,是由托运人将承运人备有的空白装货单一式多份填写后,交给承运方签章,承运人保留其中若干份,并交还两份给托运人,其中一份为收货单(cargo receipt 或 dock receipt)。这两份单证是作为托运人货物进入货仓、货柜场和报关所用的,托运人必须在规定进仓期限内将货物进仓,装货单必须经过货仓、货柜场人员签章留底。

(2) 装船与大副收据。托运人在装货单取得海关加盖图章后,便可凭装货单命令船长将承运的货物装船。装船完毕后,船上的大副签发收货单,又称“大副收据”(mate's receipt),用以证明货物已经装上船舶。如果装船时发现货物有残损、外表包装不良、内装货物外露、包装破坏等情形,大副便应将此不良表面状况记载在大副收据上。

(3) 提单(已装船提单)。货物装船完毕后,在运费预付的情况下,托运人可持收货单到船公司交付运费后换取已装船提单;在运费到付的情况下,则在提出一定的书面保证后,再以收货单换取已装船提单。

承运人应托运人的请求,由承运人或其代理人或船长向托运人签发的提单。提单一般签发正本 2~3 份,签发人在提单正面签名,签名后交给托运人。托运人将其中一份或二份交给收货人或经银行交给收货人,收货人凭一份正本提单提货。如果其中一份遗失,托运人可凭其他正本提单结汇。副本提单没有数量限制,承运人不签字。承运人对任何一份正本提单完成交货后,其他的正本提单便失去效力。

提单由航运公司自行印制,各国法律和国际公约对提单内容及其格式有一定要求。其内容涵盖了货物运输合同的基本方面。因此,透过货物的提单,在很大程度上就可以明确关于该货物的运输合同内容。

3. 提单的内容

(1) 提单正面一般记载的事项。承运人的名称和主营业所;船舶名称与国籍;托运人的名称与住所;收货人的名称;货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积;装货港和在装货港接收货物的日期;卸货港;运费的支付;提单的签发日期、地点和分数;承运人或者其代表的签字。

(2) 提单背面内容。提单的背面内容是详细记载运输条款,主要规定承运人与托运人或收货人或提单持有人之间的权利义务,是争议解决的主要依据。主要的条款有:

① 定义条款。即对提单中一些名词加以解释或限定。

② 承运人责任条款。即根据有关的国际公约和国内法律规定,确定承运人的基本责任。承运人的基本责任有两个方面:在开航前和开航时,谨慎处理,使船舶处于适航状态,否则承担船舶不适航责任;在整个运输期间谨慎管理货物,否则承担管理货物过失责任。

③ 承运人的免责条款。即列明承运人对货物灭失、损害不负责任的具体情形。

④ 赔偿责任限额条款。即规定承运人对货物灭失、损害承担赔偿责任的最高限额。



⑤ 托运人的声明条款。即规定托运人应对货物的真实情况予以申报和托运人对货物申报不实承担责任。

⑥ 特殊货物条款。

⑦ 留置权条款。规定承运人在何种情形下可对其承运的货物享有留置权。

⑧ 共同海损和新杰森条款。即规定货主有义务分摊共同海损损失与费用。

⑨ 双方有责任碰撞条款。

⑩ 承运人责任期间条款。

⑪ 索赔与诉讼条款。

⑫ 管辖权和法律适用条款。即规定争议解决的司法机构和仲裁机构，法院和仲裁机构解决争议适用的法律。

此外，提单中还有关于战争、检疫、冰冻、罢工、拥挤、转运等内容条款。

4. 调整提单的法律

目前调整国际海上货物运输提单的法律主要有两个方面，有关提单的国际公约和国内立法。国际公约有《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》。

《海牙规则》是《统一提单的若干法律规则的国际公约》的简称。该公约由国际法协会于1921年在海牙召开的会议上制定的，1924年经欧美26个海运国家参加的布鲁塞尔会议修改通过，1931年正式生效。

该公约的内容包括承运人的责任及责任豁免、诉讼时效、赔偿限额、货币单位解释，以及规则的适用范围、缔约国批准、退出和修改规则的程序。现有近90个缔约国家。有些国家虽然未参加和批准这项公约，但其从事国际海上货物运输的承运人在提单中将其作为解决争端所适用的法律，如中国远洋运输公司提单规定适用《海牙规则》；有些国家将其有关条款纳入国内法，如我国《海商法》将《海牙规则》有关承运人的免责纳入。该公约的主要成就在于限制承运人单方面任意规定免责条款的自由，确立了承运人的最低责任范围。但由于参与制定该公约的国家都是航运业比较发达的国家，公约在相当程度上反映的是承运人的利益，因此，货主和海运业不发达的国家对其一直表示不满，强烈要求修改。

《维斯比规则》是《关于修订统一提单的若干法律规则的国际公约议定书》的简称。由代表英、法及北欧各传统海运国家利益的国际海事协会在对《海牙规则》做了部分修改的基础上形成的。公约保持原有承运人责任制度，提高了承运人的赔偿责任，增加承运人享受责任限制的条件，于1977年6月生效。但到目前仍有许多国家未批准该公约，只有近30个缔约国家或地区。未能实现取代海牙规则的目的。

《汉堡规则》是《联合国海上货物运输公约》的简称。公约由联合国贸易委员会于1976年拟定，1978年在汉堡召开的联合国海上货物运输公约外交会议通过，1992年生效。由于不少海运大国自始对该公约持否定态度，许多发展中国家因本国航运的发展而对批准该公约犹豫不决，到目前仅有20多个缔约方，拥有船队总吨位尚不足2%，海运大国均未加入。

（四）国际航次租船货物运输合同的内容

在租船合同中，真正体现运输合同关系的合同应是航次租船合同。故在此只介绍航次租船合同的内容。

航次租船合同是指船舶出租人向承租人提供船舶全部或部分舱位，装运约定的货物，从一



国的某一港口运至另一国的某一港口，由承租人支付约定运费的合同。合同的内容由三类条款组成。

1. 航次租船合同的条件条款

条件条款是以订立合同前已存在的事实和条件为内容，是航次租船合同的主要条款，包括明示条款和默示条款，如果一方违反这些条件，会导致解除合同，违约方应承担违约责任。

(1) 明示条款：明示条款为船舶说明，由出租人做出出租人应保证所作说明属实。

明示包括：

船名。航次租船合同是以使用特定船舶完成货物运输为目的的运输合同。在合同中，船名一经确定，出租人不得以其他船舶代替被指定的船舶。如因特殊原因需要改变船名，需得到承租人同意。

船舶国籍。船舶国籍直接关系承租人所承租船舶的航行区域、运输业务和船长权限。因此出租人在合同中必须明确国籍。

船级。船级是船舶技术状况的标志，关系到租金、保险费的高低。级别由各国主管机构或公认的船舶检验机构确定。船级是航次租船合同的重要条件。如果出租人对船级的说明与船舶实际船级不符，承租人有权解除合同并可请求损害赔偿。

船舶位置。船舶当前的位置是租船人在洽谈租船合同时非常关注的问题。船位说明是合同中表明船舶当前动态的条款，记载正确与否关系到合同能否正常履行。如果租船人发现合同中所表示的船位与事实不符，有权取消合同。

载货量。尽管在航次租船合同中，允许船舶载货量有合理伸缩，也不需要担保，但出租人所报载货量与实际载货量差异太大，以至影响承运人货运计划，租船人有权拒绝装货，并请求损害赔偿。

(2) 默示条款：默示条款是航次租船合同中无须写明的，按合同的性质理应当包含的，当事人必须遵守的条款。

在司法实践中，法院常把下列条款作为航次租船合同当事人无须明示的合同义务：

提供适航的船舶。在航次租船合同中，无论是否明确规定出租人应提供适航的船舶，出租人都必须提供适航的船舶。原因在于承租人履行货物装船义务是以船舶适航为前提条件。对于出租人提供的船舶不适航，承租人有权拒绝装货并要求赔偿损失。除非出租人在合同中明示因不承担因船舶不适航所产生的责任，但相关的国际公约多禁止出租人通过合同排除此种义务。

合理履行预备航次。预备航次（Preliminary Voyage）是指出租人履行租船合同前从最后卸货港到合同载明装货港的航次。出租人在预备航次中要对船舶适航负责，并以合理的速度在最短时间内将使船舶抵达装货港。

不得不合理绕航。货物在装货港装妥后，船舶应立即开航，并以合理的速度开往卸货港，在装、卸港之间，以最短的时间履行运输任务。所谓绕航（deviation）是指货物装船后，船舶离开合同规定或习惯航线航行。船舶因不合理绕航而延长航期，发生海损，造成损失，出租人应承担损害赔偿责任。船舶为了救助或企图救助海上人命或财产、为了船舶和货物的安全等合理原因而绕航，出租人可以援引免责条款。

2. 保证条款

保证条款是以当事人双方中的一方预先承诺和保证为内容的，是指当事人一方违反了预先所作承诺和保证、另一方可要求损害赔偿的条款。在航次租船合同中，保证条款是有关承租人、



出租人履行保证义务的条款,保证由双方做出。一方违反其保证义务,另一方有权请求损害赔偿。保证条款包括如下条款:

(1) 装卸港的确定与安全保证。在航次租船合同中,确定装卸港口十分重要。通常有两种方法。一种直接明确确定,即在航次租船合同中确定明确的装卸港。此种方法有利于船舶按规定的受载日期驶往规定的港口装卸货物。另一种间接确定,即合同不直接明确装卸港口,只规定若干港口或船舶航行方向。间接确定方法有利于承租人在船舶驶往装货港区或卸货港区方向的途经某地点时或在规定期限内向出租人发出最终确定的装卸港的通知。承租人在指定装卸港时,须保证:港口或泊位安全可靠,船舶能安全进出,不存在扣留、没收或拿捕的危险,船舶既能在空载时驶进也能在满载时驶出港口。如果出租人和承租人都不知悉上述情况,由此造成的损失由双方共同承担。如果承租人知道装卸港不安全,又未通知出租人,由此造成的损失,由承租人承担。

(2) 装卸时间、滞期和速遣。在航次租船合同中,货物的装卸由承租人负责。双方须约定承租人完成装卸货物的时间。承租人在限定期间内未能完成装卸货物,即构成滞期,须向出租人承担滞期费。承租人在限定时间内提前完成装卸货物即构成速遣,由出租人向承租人支付速遣费。速遣费通常是滞期费的一半。

(3) 对货物的说明。此项条款是关于货物的名称、数量或重量、满载和货物性质的规定。由于航次运输的运费是按货物运载量确定的,因此有关货物数量地的规定非常重要。关于货物的性质尤其是危险品,承租人必须如实声明,在装运前或装运时,将货物性质通知给出租人。承租人违反此项义务造成损失的须承担责任。关于满载,出租人通常要求承租人提供满载的货物,如果承租人不能提供满载货物,应承担由此产生的亏舱费。

(4) 运费。运费是出租人向承租人在约定装卸时间的基础上按货运量计收的费用。合同中须明确:运费率或一次性运费的金额;计算运费所需的货物数量的认定办法;是预付运费还是到付运费;运费的退还与否;支付货币、支付方式和支付的时间、地点等。

(5) 出租人责任。航次租船合同中有关出租人的责任不受提单公约的约束,由出租人与承租人自由约定,但在实践中采用了与提单公约相一致的过失责任制。出租人承担责任的期间为从装货港货物装上船起到卸货港货物离船舶为止。在航次租船合同,出租人的责任主要有三项:第一,对积载不当造成的货物损失承担责任。第二,出租人或其代理人应谨慎处理,使船舶适航。出租人因未恪守职责造成船舶不适航,导致货损、货差和延迟交付的损失,应由出租人承担。第三,配备合格船员、适当装备和供应品、海图资料,使船舶准确、及时、安全地到达目的港。

(6) 留置权。承租人未付运费或其他应付费用如空舱费、滞期费等时,出租人可对船上货物享有留置权。为了避免不必要的纠纷,承租人需要在合同中确定“责任终止条款”,在货物装船后结束与出租人的一切关系,将运输途中的一切费用移转给收货人承担。

3. 特别条款

航次租船合同的特别条款是为适用船舶不同航行区域、不同装卸港和某些国家法律的特殊规定,根据该航次的实际需要而有选择地确定的合同内容。主要是仲裁条款、法律适用条款、共同海损分摊条款和双方有责任碰撞条款。其中后两个条款与提单相同,这里不再重复。

(1) 仲裁条款。出租人与承租人约定将与航次租船合同有关的争议提交仲裁解决。本条款



必须明确具体的仲裁机构、仲裁庭组成、仲裁所适用的程序法与实体法、裁决的效力、仲裁费用的承担。

(2) 法律适用条款。这是有关提单的一个条款，主要是规定提单所适用的法律。由于各国航运公司的提单有的规定适用海牙规则，有的规定适用国内法，因此在航次租船合同下签发的提单，应注明“首要条款”，以便明确提单所适用的法律。此外还应对航次租船合同本身适用的法律进行规定。

三、国际海运提单及其实践中存在的问题

(一) 提单的概念及其法律特征

提单是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单具有下列法律特征：

1. 提单是海上运输合同的证明

国际班轮海上货物运输合同从托运人洽船订舱时成立。成立时，双方可以签订正式运输合同，也可以是承运人接受托运人提出的订舱要求。然后托运人按照合同的约定将货物交给承运人或其代理人，承运人或其代理人接收托运人托运的货物后或托运的货物装船后，向托运人签发提单。从这一过程看，先有合同，后有提单，提单的签发是履行运输合同的一个重要环节，提单本身是运输合同履行过程的一个重要书面证据，证明承运人与托运人之间已经存在的海上运输合同关系。从这个意义上看提单是海上运输合同的证明。

由于班轮货物运输合同往往涉及第三人利益，第三人如实际承运人、收货人，特别是作为提单的受让人的收货人，不可能参加班轮货物运输合同的订立，从而对于托运人和承运人之间在订舱时有什么约定并知情，因此，对班轮运输合同的内容只能按照提单上的记载。正是因为如此，有些国家的法律和法律专家就认为提单不仅是运输合同的证明，而且是运输合同的本身。

2. 提单是承运人出具的接收货物的收据

提单是承运人、船长或承运人的代理人在接收货物或货物已装船后应托运人的要求而签发给托运人的。提单签发意味着承运人已经按提单上所载内容接管了托运人的货物。因此，提单是承运人签发给托运人的，用于表明承运人已经接管托运人货物的收据。提单作为货物收据，承运人只能在接管托运人的货物后才能签发，如果未接管货物或所接管的货物与实际情况不符，则不能签发提单。否则，承运人应对不实提单承担法律责任。

提单作为货物收据的法律效力因提单掌握在不同人手中而不同。如果提单掌握在托运人手中，对托运人而言，提单只是承运人接管货物的初步证据，承运人的反证有效。即：如承运人有确切的证据证明其收到的货物与提单上的记载不符，承运人可以向托运人提出异议，要求托运人承担责任。

如果提单被转让，掌握在受让人手中，提单的收据效力是最终证据，承运人的反证无效。即：如果承运人有确切的证据证明其收到的货物与提单上的记载不符，承运人也没有权利拒绝提单的最终受让人（收货人）要求按提单所记载的内容交付货物的要求。如果承运人不能按提单所记载的内容向提单最终受让人（收货人）交付货物，承运人就得向其承担赔偿责任。当然，在向收货人承担赔偿责任后，有权向托运人追偿。

因为转让提单时，受让人要知道提单所记载的内容与实际是否有所不同是很困难的，可以



说受让人受让提单时完全是根据提单上所记载的内容来确定受让价格的。如果要受让人承担货物与提单不符的后果,这对受让人来说风险未免太大。假如是这样的话,谁都不太愿意受让提单,这将会严重削弱提单的流通性。因此,当提单掌握在受让人手中,就应赋予其作为最终证据的效力。

3. 提单是承运人凭以交付货物的具有物权特性的凭证

提单签发后,货物的收货人是谁,在货物到达目的港之前,由于提单还处在不断转让之中,收货人始终是不明确的,只有当货物到了目的港后,谁持有提单来领取货物,谁便是收货人。由此可以看出,提单代表的是货物的控制权,谁持有提单,谁就有权决定货物的归属,有如物主对自己之“物”一样。所以说,提单是具有物权特征的凭证。

(二) 提单的区分及其法律意义

根据不同的标准,提单分成不同的种类。提单的不同分类,在法律上有其特定的意义。下面就提单的不同分类及其法律作简要说明:

1. 区分已装船提单和收货待运提单的法律意义

已装船提单(shipped B/L, or On Board B/L)指货物确已装上指定的船舶后才签发的提单。在这种提单上,除了载明其他事项外,还必须注明载货船名和装船日期。其通常的表示方法是,在提单中载明“货物已经由××××船装运”,并在提单中注明装船日期。

已装船提单可保障收货人按时收到货物,所以国际货物买卖合同中都规定卖方提供这种单。

收货待运提单(received-for-shipment B/L)又称备运提单和待运提单,是指船方在收到货物后,在货物装船以前签发的提单。收货待运提单可以转化为已装船提单。在货物装船后,托运人以收货待运提单向承运人换取已装船提单,或者在原收货待运提单上注明承运货物的船名和装船日期。

这种区分的意义在于,它们用于确定国际货物买卖合同的卖方是否已经履行交货义务,以及卖方能否在信用证支付方式中结汇。

例如:在 FOB、CIF 和 CFR 合同中,卖方的义务均是在装运港载货船舶上交货,即将货物装上船,其履行交货义务的证据是已装船提单。如果这些合同规定采用信用证付款,信用证对提单的要求是已装船提单。因此在上述买卖中不能采用收货待运提单。

2. 区分为记名提单、不记名提单和指示提单的法律意义

(1) 记名提单(Straight B/L)是指在收货人栏目内写明了具体收货人的提单。对于这种提单,承运人只能向该指定收货人交付货物,这种提单一般是不能背书转让的。

(2) 不记名提单(Open B/L)又称空白提单,是指在收货人栏目内既没有写明具体的收货人也没有写明由谁提示。如仅注明“持有人”或“交与持有人”或不作任何注明。这种提单转让十分方便,无须背书转让,只要将提单交给受让人即可。这种提单的持有人都有权提取货物。

(3) 指示提单(Order B/L)收货人栏目内写明由谁指示的提单。如“托运人指示”、“××银行指示”、“凭某人提示”(To Order of...)。承运人按记名人的指示交付。指示提单经过背书可以转让。

此种区分的意义在于明确哪些提单具备进入流通领域进行转让以及转让的法律条件。我国《海商法》规定,记名提单不能转让,批示提单可以记名背书转让或空白背书转让,无记名提单无须背书即可转让。有些国家规定除非记名提单上注明禁止背书转让,否则仍可转让。



3. 区分清洁提单和不清洁提单的法律意义

承运方签发提单时,如果大副收据上记载着货物外表状况的内容,这些内容便会记载入提单。因此,签发的已装船提单(Shipped B/L or On Board B/L)就可能记载有有关货物外表状况的内容,如果所记载的有关货物表面状况的内容足以影响托运人结汇,这样的提单就被称为不清洁提单(Unclean B/L)。如果没有记载有关货物表面状况的内容或虽有记载,但不足以影响托运人结汇的,这样的提单被称为清洁提单(Clean B/L)。

这种分类的意义在于确定货物在运输过程中因外观破损所产生的货物灭失或损害是由承运人负责还是由托运人负责以及能否结汇。在清洁提单的情况下,承运人应对货物在运输过程因外表破损或油污等造成的灭失或损害承担责任。在不清洁提单的情况下,承运人对货物外表状况不良所造成的灭失或损害不承担责任。同时在国际货物买卖的结汇中,银行要求卖方即托运人提交清洁提单,不清洁提单不能结汇。

4. 区分直运提单、转船提单和联运提单的法律意义

(1) 直运提单(direct B/L)又称直达提单,是指承运人签发的货物自装运港直接运至目的港、中途不转船的提单。这种提单的标志是提单中写明装运港和目的港的名称,没有中途转船的批注。

(2) 转船提单(Transshipment B/L)是指货物从装运港至目的港的全程运输需由一艘以上的船舶来完成的提单。也就是自启运港至目的港全程运输中,需在中途转换其他船舶才能将货物运至目的港的提单。

(3) 联运提单(through B/L)是根据联运合同而签发的提单,它分为海上联运提单和多式运输提单。

海上联运提单(ocean through B/L)是指货物从装运港至目的港的全程运输由两个或两个以上的承运人来完成的提单。虽然海上联运提单上承运人不止一个,运输全程分为几个部分,但联运提单是一个承运人与托运人签订的全程运输合同。我国《海商法》第118条规定,提单的发给入,对于货物的各连续承运人的行为,应负保证责任,但各连续承运人,仅对于自己航程中所发生的毁损灭失及迟到负其责任。

多式联运提单是指货物从启运地至目的地的全程运输需由两种以上不同的运输方式(其中一种是海上运输方式)来完成的提单。

这种区分的意义在于这些提单在国际货物买卖中能否结汇。在国际货物买卖中,转船提单仅限于信用证规定可以转运的货物,如果信用证规定货物不准转船,托运人必须取得承运人签发的直运提单才能到银行结汇,否则银行拒绝支付货款,联运提单通常可以结汇。

5. 区分纸提单和电子提单的法律意义

纸提单是指承运人签发的以纸为介质的提单,传统提单均为纸提单。

电子提单是指通过电子系统传输的按一定规则组合而成的有关提单的数据,是一套有关海上货物运输合同的电子数据,按特定规则生并以电子通信手段传送。

这种区分的意义在于确认电子提单的地位与效力。根据有关国际贸易惯例和各国法律规定,电子提单的地位与效力与纸提单相同。

6. 运费已付提单和运费到付提单

这种区分可表明运费的实际担负人是托运人还是收货人,也表明承运人是否是运输合同主

要义务的先履行方。运费已付提单意味着托运人是运费的实际负担人，承运人是运输合同主要义务的后履行人，承运人先获取运输报酬，然后再提供运输服务；运费到付提单意味着收货人是运费的实际负担人，承运人是运输合同主要义务的先履行方，承运人先提供运输服务，然后才取得运输报酬。托运人是否是运费的实际负担人取决于该货物的买卖合同的约定，而对于承运人来说当然乐于前者。

（三）提单在跟单信用证付款中的作用和实践中存在的问题

1. 跟单信用证付款的流转程序

需要通过海上货物运输才能实现的国际货物买卖无法一手交钱一手交货来完成。因为海运的时间比较长。假如海运需要 28 天，如卖方先装船，可能在 28 天后才能收到货款，如果买方先付款，在 28 天以后才能收到货物。在商业信用难以保障的情况下，谁都不愿意先行动，这样一笔买卖就难完成。对此，国际上通行的解决办法是变买卖货物为买卖单证，并由银行进行资金融通，即通过跟单信用证便利国际贸易。

信用证是银行应开证申请人的请求，开给受益人的一种保证银行在满足信用证要求的条件下承担付款责任的书面凭证。如果信用证所要求的是受益人提供跟单汇票或单据的话，这样的信用证称跟单信用证。

在国际货物买卖、运输中，信用证开证银行应作为开证申请人的买方（收货人）的请求，向卖方（信用证受益人）开出信用证，该信用证保证付款的条件是卖方提供符合要求的运输货物提单。因此这种信用证属于跟单信用证。

在跟单信用证付款中，提单的作用是很突出的。跟单信用证付款的流转程序如图 9.1 所示。

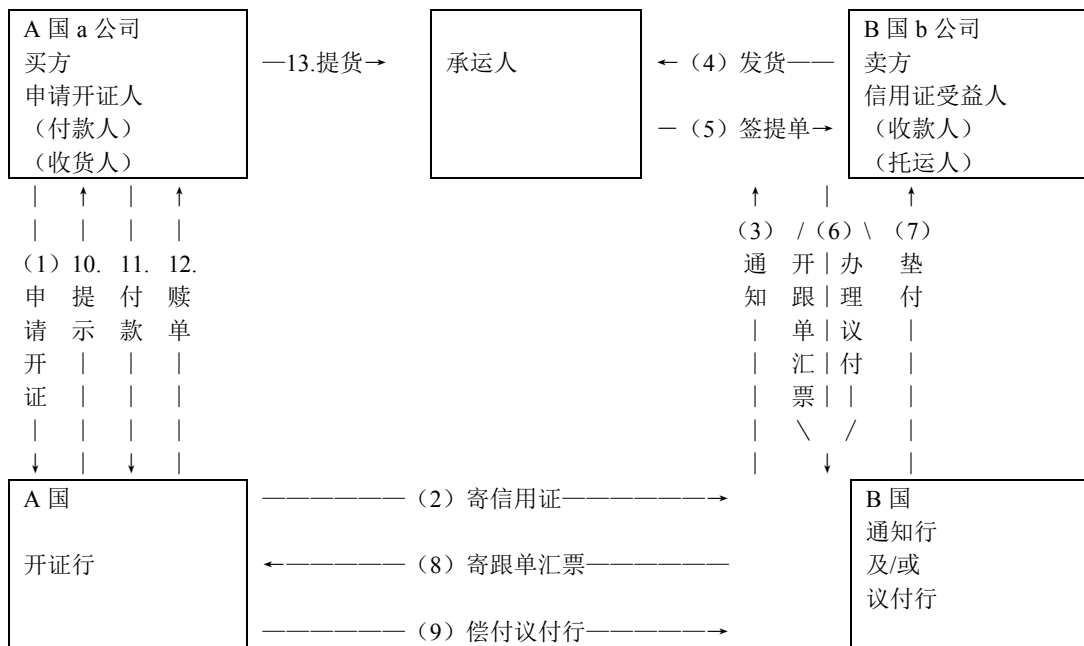


图 9.1 跟单信用证付款流转程序

在跟单信用证付款的过程中，最容易出问题的环节是签发提单和提货两个阶段。因为作为国际货物买卖的卖方、国际货物运输的托运人、信用证的受益人其是否能通过结汇取得货款的



前提是提供符合信用证规定要求的提单，提单的书面内容是否符合信用证要求成为议付行垫付货款和开证行偿付货时所要审查的对象，银行不可能对提单所记载的书面内容与实际情况是否一致进行审查，要银行这样做也未免太不符合银行的实际。因此，一旦书面内容符合信用证要求的提单却不符合货物的实际情况就会危及收货人的利益。所以签发提单的环节是最容易成为引发此后纠纷之所在。而提货阶段容易出问题也是因为没有按惯例使用正本提单提货而引发的。此问题下述。

2. 在跟单信用证付款实践中存在的问题分析（对托运人使用保函的分析）

为了保证收货人能及时收到货物、收到的货物外表状况良好，信用证业务中要求作为议付行的银行不能接受不符合信用证要求装船期晚于信用证规定的装船期间的提单以及不清洁提单。只有这样，才能发挥信用证对装货环节的制衡作用，保证货物的准时到达且到达的货物外表状况良好。因此，议付行在办理议付并垫付款时必须坚持“单证相符”和“单单相符”的原则，即要求各种单据要符合信用证的规定，各单据之间要一致。但信用证这种制衡作用的发挥，是建立在提单真实反映所交付货物的情况的基础上，如果提单不真实反映所交付货物的真实情况，就会抵消信用证的作用。在现实中托运人为了避免因实际情况变化造成提单与信用证要求不一致，从而使结汇受阻，托运人往往通过“保函”来换取承运人签发“与信用证一致”的提单。

托运人的保函是托运人为了取得承运人签发“与信用证一致”的提单而由托运人或其关系人向承运人所作的书面保证。其内容是：保证承担承运人因签发“与信用证一致”的提单而受到的一切损失。保证保函的使用有下列情况：

（1）以保函换取倒签提单

提单中注明的装船日期早于实际装船的日期就称为倒签提单（Anti-dated Bill of Lading）。为了保证收货人能及时收到货物，信用证中一般均规定了装船期限，托运人应在该装船期限前完成装船，否则，收货人有权拒收货物，并提出索赔。银行也不接受装船期晚于信用证规定的装船期间的提单。正是因为这样的原因，在装船晚于信用证规定的期限时托运人才会出保函要求承运人倒签提单。

例如：根据信用证的要求，B国b公司的货物，必须在8月2日前装船完毕，而由于各种原因8月5日才装船完毕。承运方签发的提单如果如实反映装船完毕的时间，则提单上所填写的“提单签发日期”应是8月5日，这样的提单显然与信用证要求不相符，持这样的提单向议付行要求结汇，议付行一般就不会接受。托运人（B国b公司）为了顺利结汇，会采用保函来换取与信用证一致的提单。承运人如果接受托运人（B国b公司）的保函，从而把提单上“提单签发日期”提前到8月2日之前，这样托运人（B国b公司）便能顺利结汇，拿到议付行垫付的货款。

承运人接受托运人的保函而签发“与信用证一致”的提单，往往会侵害不知情的收货人的利益。在国际货物买卖合同中，交货日期属于合同的要件，而装船日期是一个直接关系到交货日期的因素。承运人倒签提单便掩盖、隐瞒了托运人作为国际货物买卖合同的卖方延期交付货物的事实。构成了对收货人的欺诈行为，日后须对收货人因此而引起的损失负责。

（2）以保函预借提单

预借提单（Advanced Bill of Lading）是当信用证规定的有效期限即将届满，而货物还未装船时，托运人为了使提单上的日期与信用证规定的日期相符，要求承运人在装船前签发的已装



船提单。

预借提单在议付时货物实际上可能还未装运,使信用证对装货环节的制衡作用丧失,无法保证货物的准时到达。预借提单与倒签提单一样,都是掩盖了货物的实际装船日期,从而避开了迟延交货的责任。

(3) 以保函换取清洁提单

用保函换取清洁提单并非都是恶意的,有些情况下被认为是善意的。因此保函有善意与恶意之分。有的情况下承运人接受保函签发清洁提单并不是对收货人存心欺诈,而是因为某些客观条件限制,如承运人缺乏识别手段或计量工具。在这种情况下,承运人接受保函免去提单上的批注,并不是对收货人的恶意欺诈,而是认识上的偏差或限制造成。在这种背景下出具的保函属于善意保函,善意保函应视为有效的。

出具善意保函的承运人,如果在目的港受到收货人的索赔,承运人应先赔偿收货人,然后通过保函从托运人或其他保证人处得到补偿。

在托运人与承运人明知货物表面状况有瑕疵仍以保函换取清洁提单的情况下,这种保函为恶意保函。恶意保函无效,承运人在对收货人承担责任后,依此种保函向托运人索赔不受法律保护。

我国《海商法》没有关于保函的规定,司法实践中则是参照《汉堡规则》的规定,主要可概括为三点内容:善意保函有效;恶意保函无效;有效保函也只是在托运人与承运人之间有效,不得对抗第三人。

我国海事法院就曾以判例的形式肯定善意保函的效力。

3. 提货阶段的提货人使用保函提货的法律分析

依国际航运惯例,承运人在目的港必须凭正本提单交付货物,而在实践中由于提单流转环节多,速度慢,而运输速度则随着科技的进步越来越快,特别是短途运输所需时间较短,往往会造成货物运抵目的港而提单未到收货人之手的情况,致使收货人无法在货物到港后凭正本提单及时提货。为了解决这种困难,避免给有关方面造成经济损失,航运实务中出现了以副本提单加保函提货的做法。目前这种提货方式已普遍存在,很多国家默认了这一做法。司法实践中也是通过区别善意与恶意保函的情况来处理保函的效力。这个阶段的保函是由提货人向承运人出具的,出具保函的目的是为了提货。

由于实践中默认提单副本加保函提货的做法,因此,因在转让提单过程中拥有提单副本的人就可能假借收货人的名义用提单副本加保函将货物提走。货物真正收货人以外的人与承运人恶意串通以保函和提单副本提货,致使货物的真正收货人即真正的货主持正本提单却提不到货。这种情况下的保函属于恶意保函。

承运人接受恶意保函放货,承运人不仅要赔偿收货人的全部经济损失,而且承运人和提货人之间订立的保函也因其具有欺诈性质而得不到法律的承认,归于无效。即承运人凭这样的保函向提货人索赔不受法律保护。

承运人没有与提货人恶意串通,但承运人凭提货人出具的保函加副本提单放货,实际上却错交了货,如果承运人凭保函放货时只是出于通常的考虑,这种情况下的保函应属于善意保函。

提货人以提单副本加保函将货物提走,货物提走后也许仍未拿到提单正本,同时也没有在提取货物后及时到银行付款赎单,如果托运人收不到款而起诉,此时的保函应属有效。



承认提货保函的效力并不是否定凭正本提单交货的航运惯例，并不意味着承运人就可以对货物免除责任，只是承运人对收货人承担责任后可以通过保函从提货人处补偿。我国海事法院就曾以判例的形式肯定了这一做法。

综合练习题九

一、选择题（有一个或多个正确选项）

1. 调整国际货物买卖的法律包括（ ）。
A. 有关国际货物贸易的国际公约 B. 有关国际货物贸易的国际惯例
C. 国际公法 D. 各国有关国际贸易的国内立法
2. 我国调整国际货物贸易最主要的国内法律是（ ）。
A. 《中华人民共和国合同法》 B. 《中华人民共和国对外贸易法》
C. 《中华人民共和国民法通则》
3. 国际上对“国际性”衡量的标准包括（ ）。
A. 买卖双方当事人的营业地处于不同的国家（地区）
B. 当事人具有不同的国籍
C. 订立合同的要约和承诺完成于不同国家
D. 货物运输由一国运往另一国
4. 根据营业地标准下列买卖属于国际货物买卖的是（ ）。
A. 德国一家公司在我国设立的外资公司与德国汉堡的一家公司发生的一宗货物买卖
B. 美国一家公司在我国设立的外资公司与我国的一个国有企业发生的一宗货物买卖
C. 一香港公司与一上海公司在“广交会”上谈成的一宗货物买卖
D. 我国 C 公司的一个工程队在非洲某国从事工程施工因需要原材料，故与我国 D 公司签订了一份材料供应合同，要求货送非洲
5. 影响力最大的国际货物买卖公约是（ ）。
A. 《联合国国际货物销售合同公约》
B. 《国际贸易术语解释通则》
C. 《国际货物销售合同成立统一公约》
D. 《海牙规则》
6. 下面是我国某出口公司与科威特阿卜图拉公司洽谈蝴蝶牌缝纫机 JA-1 型的往来电函。根据电函内容做出选择。
(1) 阿卜图拉公司 9 月 2 日来电：有兴趣蝴蝶牌缝纫机 JA-1 3 000 架 即装 请报价 此函为（ ）。
A. 要约函 B. 要约邀请函
C. 询盘 D. 发盘
此函对（ ）。
A. 发函人有约束力 B. 收函人有约束力



C. 双方都有约束力

D. 双方均无约束力

(2) 我方公司 9 月 3 日去电: 蝴蝶牌缝纫机 JA-13 000 架木箱装 每架 62 美元 CIF C2 科威特 10 月-11 月装 即期信用证限 6 日复到我方

此函为()。

A. 要约函

B. 要约邀请函

C. 承诺函

此函对()。

A. 发函人有约束力

B. 收函人有约束力

C. 双方都有约束力

D. 对双方都无约束力

(3) 阿卜图拉公司 9 月 5 日来电: 你 3 日电传 歉 难接受 竞争者类似品质报 55 美元 请速复

此函为()。

A. 发价函

B. 还价函

C. 接受函

D. 发价邀请函

(4) 我方公司 9 月 7 日去电: 我 3 日电传重新发盘限 10 日 我方时间复

此函为()。

A. 要约函

B. 要约邀请函

C. 承诺函

D. 反要约函

(5) 阿卜图拉公司 9 月 9 日来电: 你 7 日电传接受 如 55 美元 CIF C3 D/P 即期 请确认

此函为()。

A. 反要约(还价)函

B. 要约邀请函

C. 承诺(接受)函

(6) 我方公司 9 月 10 日去电: 你 9 日电传最低 60 美元 即期信用证 限 12 日复到我方
此函为()。

A. 可撤销的要约

B. 不可撤销的要约

C. 承诺

(7) 阿卜图拉公司 9 月 11 日来电: 你 10 日电传接受 再订购 500 架 同样条件即复
此函为()。

A. 要约函

B. 要约邀请函

C. 承诺函

D. 反要约函

科方对我方 10 日去电的承诺()。

A. 意味 3 000 架缝纫机的买卖合同已经成立

B. 意味着我方必须按 60 美元 CIF 供货 3 000 架

C. 科方向我方提出加订 500 架缝纫机的要约

D. 科方提出按 60 美元 CIF 价格加订的 500 架对科方有约束力, 对我方公司没有约束力

E. 意味着我方必须按 60 美元 CIF 供货 3 500 架

(8) 我方公司 9 月 12 日去电: 你 11 日电传确认 请速开证。阿卜图拉公司 9 月 13 日来电: 你 12 日电传信用证将由科威特邮政信箱 345 号 ABC 公司开立。至此意味着()。

A. 达成 3 500 架蝴蝶牌缝纫机 JA-1 的买卖合同

B. 合同成立的时间是我方公司 12 日去电时

C. 合同成立的时间是我方 12 日去电送达时

D. 合同成立的时间是科方 13 日来电时



- E. 合同成立的时间是科方 13 日来电收到时
F. 合同价格为 60 美元 CIF C3 付款方式为 D/P 即期信用证
7. 根据《合同公约》的规定卖方承担的主要义务有（ ）。
- A. 交付货物 B. 移交单据 C. 质量担保 D. 权利担保
8. 依《合同公约》的规定，交货的时间应遵循（ ）。
- A. 合同已明确规定或可推定交货日期应在该日期交货
B. 合同已明确规定或可推定交货期限，一般情况下只要在该期限内的任何时候都可以交货
C. 在合同未确定或不能推定交货的日期或期限的情况下，可以在任何时候交货
D. 在合同未确定或不能推定交货的日期或期限的情况下，应在订立合同后一段合理时间内交货
9. 国际货物的卖方应对所卖货物承担的品质担保义务包括（ ）。
- A. 货物适用于同一规格货物通常使用的目的
B. 一般情况下货物适用于订立合同时买方明示或默示地通知卖方的任何特定目的
C. 货物的质量应与卖方向买方提供的货物样品或样式相同
D. 货物应按同类货物通用的方式装入容器或包装
10. K 国 A 公司诉美国 B 公司非法取得并占有该公司一批货物，要求 B 公司返还该批货物，该批货物是美国 B 公司从 K 国 C 公司购买的；据 A 公司称，该货物是 A 公司质押给 C 公司的，根据 K 国法律 C 公司未经 A 公司同意是不能处分该批货物的。在这种情况下意味着（ ）。
- A. C 公司违反品质担保义务 B. C 公司违反物权担保义务
C. C 公司违反债权担保义务 D. C 公司违反知识产权担保义务
11. 依合同公约的规定，买方承担的主要义务有（ ）。
- A. 支付价款 B. 办理进关手续
C. 受领货物 D. 权利担保
12. 依合同公约，下列关于国际货物买卖的风险问题正确的是（ ）。
- A. 双方当事人已在合同中已就货物风险作出约定，则按照合同约定
B. 合同中没有约定风险但涉及运输的，交付货物的时间为风险转移时间
C. 合同中没有约定风险也没涉及运输的，买方在合适时间内到卖方营业地提货的，风险从提货时转移
D. 货物在运输途中出售时原则上订立合同的时间为风险转移的时间
13. 据合同公约的规定如果卖方交付的货物存在不符合合同的情形但程度较轻，则买方不能采取的救济方法是（ ）。
- A. 要求卖方进行修理 B. 要求卖方交付替代物
C. 要求卖方减价 D. 要求卖方赔偿
14. 在国际租船货物运输中，船舶出租人与承租人之间存在运输法律关系的是（ ）。
- A. 定期租船运输 B. 航次租船运输
C. 光船租船运输



二、判断题

1. 我国某外贸公司于6月1日用电传向英国某公司发出要约, 要约要求对方复函必须在6月7日前送达。6月2日收到英公司发来的电传称: “如果价格减5%可接受。”我国公司尚未对英公司做出答复, 6月3日又收到英公司发来的电传称: “无条件接受你方6月1日发盘, ……” (因此期间该商品的国际市场价格剧涨)

(1) 英公司6月2日来电()。

- A. 是对我方6月1日的去电的反要约
- B. 是对我方6月1日的去电的拒绝
- C. 意味我方6月1日的去电(要约)已经失效

(2) 判断: 6月3日英公司来电对我方6月1日的去电表示接受能产生承诺的效力, 双方的合同已经成立; ()

我方必须按6月1日去电中所提的条件履行, 否则应承担违约责任; ()

6月3日英公司来电对我方没有约束力, 但对英方有约束力; ()

6月3日英公司来电应视为对我方提出新的要约, 我方可承诺, 也可拒绝。 ()

2. 我外贸公司于3月1日向美国某公司发去供应M农产品1000公吨的要约电传, 电传中明确产品用“牢固麻袋包装”。美方公司收到我方电传后立即复电表示: “接受, 装新麻袋装运”。我方公司收到复函后即着手备货, 准备于双方约定的6月份装船。数周后, 因该种农产品国际市场价格猛跌, 针对我方的催证电传, 美方公司于3月20日来电称: “由于你方对新麻袋包装的要求未予确认, 双方之间无合同(no contract)。”而我方外贸公司则坚持合同已经有效成立, 于是双方对此发生争执。判断:

(1) 美方提出用“新”的麻袋包装, 对我方的要约所提条件已经构成实质变更, 属于反要约。 ()

(2) 我方收到复函后, 没有向美方去函表示同意接受(承诺), 故双方合同尚未成立。()

(3) 美方复函虽有所变更, 但非实质性的, 不影响其复函作为承诺的性质, 故双方的合同已经成立。 ()

3. 下列函电的内容是什么, 是要约函吗?

Referring your letter of March 15th, please make best firm offer for 200 reams of good quality white poster paper suitable for poster work generally. ()

We require paper that will retain its white appearance after posting on wall and boarding. Your early reply will be appreciated. ()

4. 依合同公约规定如果卖方没有义务在任何其他地方交付货物, 卖方应在其订立合同时的营业地把货物交给买方处置。 ()

5. 如果卖方没有义务在其他任何特定地点交付货物, 且销售合同涉及到货物运输, 卖方应把货物移交给第一承运人, 就算履行了交货义务。 ()

6. 在国际货物买卖中, 卖方对风险转移后才发现的货物不符合合同的情况一律不需要承担责任。 ()

7. 买方在订立合同时, 已经知道或不可能不知道第三方对货物会提出有关侵犯工业产权或其他知识产权的权利或请求权, 卖方可以要求免除知识产权担保义务。 ()

8. 如果第三方所提出的知识产权的权利或请求权, 是由于卖方按照买方提供的技术图样、



图案、程式或其他规格为其制造产品而引起的，买方无权要求卖方承担知识产权担保义务。（ ）

9. 因买方国是对外汇实行管制的国家，付款期限已过，但买方未能取得支付价款所需外汇，则卖方不能追究买方的违约责任。（ ）

10. 如果合同已有效地订立，但没有明示或暗示地规定价格或规定如何确定价格，在没有任何相反表示的情况下，双方当事人应视为已默示地引用订立合同时此种货物在有关贸易的类似情况下销售的通常价格。（ ）

11. 依合同公约规定，国际货物买卖合同中没有约定风险也没涉及运输的，卖方又没有义务在其他地方交货，则当卖方在营业地备好货且标明属于合同所要交付的货物时，如果买方过了适当时间没来取货，则风险不因买方没有来取货而不发生转移。（ ）

12. 货物在风险转移到买方承担后灭失（loss）或损坏，买方支付价款（pay price）的义务不因此解除，除非这种灭失或损坏是由于卖方的行为或不行为造成。（ ）

13. 如果卖方所交付的货物存在不符合合同的情况，但不严重。卖方同意对货物不符合合同的情况进行修理，买方如果拒绝对货物进行修理，则可以要求减低价格。（ ）

14. 依公约规定卖方违反合同，买方可以要求损害赔偿，但买方要求损害赔偿的权利，因其已采取其他补救方法而丧失。（ ）

15. 依公约规定，如果一方当事人没有支付价款或任何其他拖欠金额，另一方当事人有权对这些款额收取利息，但这并不妨碍根据公约规定可以取得的损害赔偿请求权。（ ）

16. 一方当事人违反合同应负责的损害赔偿额，应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。（ ）

17. 租船运输是国际海上货物运输中使用最广泛的一种运输方式。（ ）

第十章 经济纠纷的解决途径



学习目标

经济纠纷是指经济主体之间因经济权利和经济义务的矛盾而引起的争议。如财产所有权纠纷、合同纠纷、损害赔偿纠纷等。在市场经济条件下，经济法主体为实现各自的经济目标，必然要进行各种经济活动，由于各自的经济权益相互独立，因而不可避免地会发生各种各样的经济权益争议，产生经济纠纷。为了保护当事人的合法权益，维持社会经济秩序，必须利用有效手段，及时处理解决这些纠纷。

在我国解决经济纠纷的途径和方式主要有双方协商、请第三方调解、申请仲裁、行政复议和提起诉讼等。

第一节 经济纠纷的仲裁



课堂案例

甲、乙两公司因合同纠纷向某市仲裁委员会申请仲裁。仲裁庭做出裁决后，甲公司不服，拟再次申请仲裁，或向人民法院起诉。

请分析：甲公司是否可以再次申请仲裁，或向人民法院起诉？

1. 仲裁概念

仲裁是指根据当事人之间的协议，由仲裁机构以第三者的身份对双方发生的争议，在事实上做出判断，在权利义务上做出裁决，争议双方有义务执行该裁决的解决纠纷的制度。

基于上述定义，仲裁具有如下特点：

- (1) 双方当事人自愿协商通过仲裁方式解决争议。
- (2) 解决争议的第三人是由当事人选择的。
- (3) 仲裁机构做出的仲裁裁决具有法律约束力。

仲裁与其他解决纠纷的方式相比，其特点是灵活便利，以自愿为前提，裁决具有强制性。仲裁在现实生活中被广泛应用，是一种解决经济纠纷的有效方式。

2. 仲裁的适用范围

指依法设立的仲裁机构可以受理何种当事人之间的何种纠纷的问题。根据我国《仲裁法》的规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。



这就是说,仲裁事项必须是合同纠纷和其他财产性纠纷,与人身有关的婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷不能申请仲裁。

其次,仲裁事项必须是平等主体之间发生的纠纷,因此,行政争议不能申请仲裁。

即下列纠纷不能申请仲裁:

- (1) 婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷。
- (2) 依法应由行政机关处理的行政争议。

3. 仲裁的基本原则(制度)

(1) 自愿(协议仲裁)原则,包括是否采用仲裁解决争议由双方当事人选择,仲裁机构和仲裁员由双方当事人选择,开庭方式由双方当事人选择等。

(2) 或审或裁原则。就同一纠纷,当事人要么申请仲裁,要么提起诉讼,两者只能选择其一,不能同时采用。

(3) 一裁终局制度。仲裁机构一旦做出裁决,即发生法律效力,就同一纠纷,当事人不能再申请仲裁或提起诉讼。但对裁决不服的,可以起诉。

(4) 回避制度。

(5) 仲裁机构依法独立行使仲裁权,以保证其公正性和权威性。

4. 经济仲裁机构——仲裁委员会和中国仲裁协会

(1) 概念。仲裁委员会是依法设立的,有权根据仲裁协议受理一定范围的经济争议,进行法院外裁决的机构。

(2) 性质。仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。因此,仲裁委员会既不是国家行政机关,也不是审判机关,而是非政府性民间组织,属于社会团体法人。各地仲裁委员会之间及与中国仲裁协会之间也没有隶属关系。各仲裁委员会所作的仲裁裁决均为终局裁决,当事人不得再申请仲裁或向法院起诉。

(3) 仲裁委员会的设立。仲裁委员会可以在省、自治区、直辖市人民政府所在地的市设立,也可以在设区的市设立,不按行政区划层层设立。中国仲裁协会是社会团体法人,是仲裁委员会的自律性组织。中国仲裁协会实行会员制,各仲裁委员会是中国仲裁协会的法定会员。

5. 仲裁协议

(1) 概念。仲裁协议是双方当事人自愿将他们之间可能发生或已经发生的经济纠纷以书面形式提交仲裁机构进行裁决的共同意思表示。在民商事仲裁中,仲裁协议是仲裁的前提,没有仲裁协议,就不存在有效的仲裁。

仲裁协议必须由有利害关系的双方当事人自愿达成,否则无效。必须采用书面形式,口头仲裁协议无效。仲裁协议可以在争议发生前或发生后达成。

(2) 仲裁协议的形式。在实践中书面的仲裁协议一般有两种形式:合同中订立的仲裁条款;主合同之外的仲裁协议。

(3) 仲裁协议的内容。一份完整、有效的仲裁协议必须具备法定的内容,否则,仲裁协议将被认定为无效。根据《仲裁法》的规定,仲裁协议应当具有下列内容:①有请求仲裁的意思表示;②有仲裁事项;③有选定的仲裁委员会。

6. 仲裁程序

(1) 仲裁的申请和受理。

① 申请仲裁应具备的条件:有仲裁协议;有具体的仲裁请求、事实理由;属于仲裁委员



会的受理范围。

② 仲裁的管辖。仲裁不实行级别管辖和地域管辖。仲裁委员会由当事人选定。

③ 递交仲裁申请书和副本。

④ 仲裁委员会是否受理的期限。仲裁委员会应当在收到当事人仲裁申请书之日起5日内，作出是否受理的决定。

(2) 仲裁庭的组成。仲裁庭是指由当事人选定或者仲裁委员会主任指定的仲裁员组成的，对当事人申请仲裁案件依仲裁程序进行审理并做出裁决的组织形式。按照《仲裁法》的规定，仲裁委员会受理仲裁案件后，应按程序组成仲裁庭对案件进行审理和裁决。

① 仲裁庭的组成形式：独任仲裁和合议仲裁。

② 仲裁员的确定。

③ 仲裁员的回避。

(3) 开庭和裁决。仲裁审理的方式，根据《仲裁法》规定：“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书及其他材料做出裁决。”据此，仲裁的审理方式主要有以下三种：

① 开庭不公开进行；

② 开庭公开进行（涉及国家秘密和个人隐私的除外）；

③ 不开庭即书面裁决。

仲裁一般采用开庭不公开进行。

当事人不到庭和中途退庭的法律后果。仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。如果申请人经书面通知，无正当理由不到庭或开庭后未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请；被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或开庭后未经仲裁庭许可中途退庭的，仲裁庭可以做出缺席裁决。

7. 仲裁裁决的效力

当事人应当履行裁决，一方当事人不履行的，另一方当事人可向人民法院申请强制执行。

第二节 经济纠纷的诉讼（民事诉讼）



课堂案例

海淀区大华公司与朝阳区南海公司在西城区签订买卖合同，由南海公司于2007年12月20日前交付经过装饰的圣诞树一棵，履行地点在东城区某速递公司。在大华公司12月24日举行的圣诞晚会上，该圣诞树上的装饰灯爆炸，造成3名员工受伤。双方就赔偿问题协商未果，大华公司遂向人民法院提起违约之诉。

请问：（1）大华公司应依法向何地人民法院起诉？为什么？

（2）假如大华公司同时向有管辖权的两个人民法院起诉，法院应当如何处理？



1. 民事诉讼的概念

民事诉讼是指人民法院在诉讼当事人和其他诉讼参与人的参加下,依法审理民事、经济案件,解决民事、经济争议的活动。它具有如下特征:第一,主持民事诉讼的机关是人民法院。第二,民事诉讼活动的内容是审理民事、经济案件,解决民事、经济纠纷,保护合法民事、经济权益。

2. 民事诉讼起诉应具备的条件

起诉是公民、法人或其他组织认为自己的合法权益受到侵犯或者与他人发生了争议,以自己的名义,请求人民法院通过审判给予法律保护的诉讼行为。起诉必须具备下列条件:

- (1) 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织;
- (2) 有明确的被告;
- (3) 有具体的诉讼请求和事实、理由;
- (4) 属于人民法院管辖范围。

3. 经济诉讼的管辖

要进行民事诉讼,必须首先解决到什么地方去告的问题。人民法院是主持民事诉讼的唯一机关。诉讼管辖是指各级人民法院之间以及不同地区的同级人民法院之间,受理第一审民事案件、经济纠纷案件的职权范围和具体分工。管辖可以按照不同标准作多种分类,其中最重要、最常用的是级别管辖和地域管辖。

(1) 级别管辖。级别管辖是根据案件性质、案情繁简、影响范围,来确定一、下级法院受理第一审案件的分工和权限。大多数民事案件均归基层人民法院管辖。

(2) 地域管辖。各级人民法院的辖区和各级行政区划是一致的。按照人民法院的辖区,确定同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限,称地域管辖。地域管辖又分为一般地域管辖和特殊地域管辖。

一般地域管辖是按照当事人的所在地划分案件管辖法院,也叫普通管辖。通常实行原告就被告原则,即由被告住所地人民法院管辖。行政案件由最初做出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

特殊地域管辖是以诉讼标的所在地或者引起法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准划分管辖法院,也叫特别管辖。

- ① 因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或合同履行地人民法院管辖;
- ② 因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或保险标的物所在地人民法院管辖;
- ③ 因票据纠纷提起的诉讼,由票据支付地或被告住所地人民法院管辖;
- ④ 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼,由运输始发地、目的地或被告住所地人民法院管辖;
- ⑤ 因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖;
- ⑥ 因铁路、公路、水上、航空事故请求损害赔偿提起的诉讼,由事故发生地或车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或被告住所地人民法院管辖;
- ⑦ 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼,由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或被告住所地人民法院管辖;
- ⑧ 因海难救助费用提起的诉讼,由救助地或被救助船舶最先到达地人民法院管辖;



⑨ 因共同海损提起的诉讼, 由船舶最先到达地、共同海损理算地或航程终止地人民法院管辖。

(3) 专属管辖。专属管辖是指法律强制规定某类案件专属于特定法院管辖, 其他法院无管辖权, 当事人也不得以协议变更的管辖。我国民事诉讼法规定的属于专属管辖的诉讼有:

① 因不动产提起的诉讼, 由不动产所在地人民法院管辖;

② 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼, 由港口所在地人民法院管辖;

③ 因继承遗产纠纷提起的诉讼, 由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地人民法院管辖。

4. 审判制度

(1) 合议制度, 是指由三名以上审判人员组成审判组织, 代表人民法院行使审判权, 对案件进行审理并做出裁判的制度。合议制度是相对于独任制度而言的, 后者是指由一名审判员独立地对案件进行审理和裁判的制度。人民法院审理第一审民事案件, 除适用简易程序审理的民事案件由审判员一人独任审理外, 一律由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。人民法院审理行政案件, 由审判员组成合议庭。合议庭的成员, 应当是 3 人以上的单数。

(2) 回避制度, 是指承办人员遇有法律规定的情形时, 退出对某一案件的审理或诉讼活动的制度。当事人认为审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人与本案有利害关系或者有其他关系, 可能影响公正审判, 有权申请上述人员回避。上述人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系, 应当申请回避。

院长担任审判长时的回避, 由审判委员会决定; 审判人员的回避, 由院长决定; 其他人员的回避, 由审判长决定。当事人对决定不服的, 可以申请复议。

(3) 公开审判制度, 是指人民法院的审判活动依法向社会公开的制度。法律规定, 人民法院审理民事或行政案件, 除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外, 应当公开进行。公开审理案件, 应当在开庭前公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点, 以便群众旁听。公开审判包括审判过程公开和审判过程公开两项内容。不论案件是否公开审理, 一律公开宣告判决。

(4) 两审终审制度, 是指一个诉讼案件经过两级人民法院审判后即终结的制度。根据《人民法院组织法》, 我国人民法院分为四级: 最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院。除最高人民法院外, 其他各级人民法院都有自己的上一级人民法院。按照两审终审制, 一个案件经第一审人民法院审判后, 当事人如果不服, 有权在法定期限内向上一级人民法院提起上诉, 由该上一级人民法院进行第二审。二审人民法院的判决、裁定是终审的判决、裁定。最高审判机关——最高人民法院做出的一审判决、裁定为终审判决、裁定。适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件, 实行一审终审。对终审判决、裁定, 当事人不得上诉。如果发现终审裁判确有错误, 可以通过审判监督程序予以纠正。

5. 诉讼时效

诉讼时效, 是指权利人在法定期间内不行使权利而失去诉讼保护的制度。诉讼时效期间是指权利人请求人民法院或仲裁机关保护其民事权利的法定期间。

诉讼时效期间届满, 权利人丧失的是胜诉权, 即丧失依诉讼程序强制义务人履行义务的权利; 权利人的实体权利并不消灭, 债务人自愿履行的, 不受诉讼时效限制。



诉讼时效期间有下列几种：

(1) 普通诉讼时效期间。普通诉讼时效期间，也称一般诉讼时效期间是指由民事普通规定的具有普遍意义的诉讼时效期间。根据《民法通则》的规定，除法律另有规定外，一般诉讼时效为 2 年。

(2) 特别诉讼时效期间。特别诉讼时效期间，也称特殊诉讼时效期间，是指由民事普通法或特别法规定的，仅适用于特定民事法律关系的诉讼时效期间。如在延付或者拒付租金，寄存财物被丢失或者损毁的情况下，诉讼时效期间为 1 年；因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为 4 年；因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为 3 年等。

(3) 最长诉讼时效期间。前面所讲的诉讼时效期间，均从权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算，但是，从权利被除数侵害之日起超过 20 年的，人民法院不予保护。有特殊情况，人民法院可以延长诉讼时效期间。也就是说，对在 20 年内始终不知道或者不应当知道自己权利受侵害的当事人，法律也不再予以诉讼保护。20 年就是法律保护的最长期限。

第三节 行 政 复 议



课堂案例

甲、乙公司因买卖合同发生纠纷，经北京市西城区工商行政管理局调解，双方对合同的履行达成谅解。后甲越想越觉得调解结果对自己不利，于是向北京市工商行政管理局申请行政复议。

请分析：北京市工商行政管理局应如何处理甲公司的申请？

1. 行政复议概念

公民、法人或其他组织对行政机关的具体行政行为不服，依照法定条件和程序向行政复议机关提出申请，由复议机关对引起争议的具体行政行为依法进行审查并做出裁决的活动。

公民、法人或其他组织对行政机关的具体行政行为不服时，依照法律规定，有的可以直接向法院提起行政诉讼，有的必须先进行行政复议，对复议结果不服才能提起行政诉讼，有的则只能申请行政复议，不能提起行政诉讼。可见，行政复议是保护自身合法权益的一种重要手段。行政诉讼一般只解决具体行政行为是否合法的问题，一般不解决是否合理的问题，行政复议则既可解决是否合法的问题，也可解决是否合理的问题。因此，行政复议有其优越性。

2. 行政复议的特点

(1) 行政复议只能由作为行政相对人的公民、法人或其他组织提起，做出具体行政行为的行政机关只能作为被申请人。

(2) 行政复议权只能由法定机关行使，原则上采取上一级复议原则。

(3) 行政复议的对象原则上只能是行政机关的具体行政行为，不能单独对抽象行政行为提起行政复议。

具体行政行为是指行政机关针对特定的对象就特定的事项做出的处理决定。如交警对违法



的驾驶员进行罚款。

抽象行政行为是指行政机关制订的具有普遍约束力的规范性文件及制订规范性文件的活动。如法律规范本身及立法活动。

3. 行政复议的范围

行政复议的范围即行政复议机关受理复议案件的权限。它决定了哪些行政行为可以成为行政复议的对象。

公民、法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，符合《行政复议法》规定范围的，可以申请行政复议。

此外，下列事项不能申请行政复议：

(1) 不服行政机关做出的行政处分或者其他人事处理决定。可依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。

(2) 不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理。可以依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

4. 申请行政复议的条件、期限和方式

(1) 条件。申请人符合资格；有明确的被申请人；有具体的复议请求和事实根据；属于复议范围和受理复议机关管辖（行政复议申请是指公民、法人或其他组织依法向行政复议机关提出请求，要求对被申请复议的具体行政行为进行审查并对其做出决定。行政复议实行“不告不理原则”复议机关不能主动复议，因此行政复议程序以相对人申请为前提）。

(2) 期限。公民、法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起 60 日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。

(3) 方式。申请人提出复议申请应采用书面形式申请，书面申请确有困难的，也可以口头申请。

5. 行政复议参加人

指与争议的具体行政行为有利害关系而参加行政复议的申请人、被申请人及第三人；

依法申请行政复议的公民、法人或其他组织是申请人；

作出具体行政行为的行政机关是被申请人；

同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或其他组织，可以作为第三人参加行政复议。

6. 行政复议机关（管辖）

原则上采用上一级复议。

7. 行政复议的费用

行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。

8. 行政复议的受理

(1) 是否受理的期限：5 个工作日。

(2) 行政复议机关受理复议申请后，原具体行政行为一般不停止执行。但是，有下列情形之一的，可以停止执行：



- ① 被申请人认为需要停止执行的;
- ② 行政复议机关认为需要停止执行的;
- ③ 申请人申请停止执行, 行政复议机关认为其要求合理, 决定停止执行的;
- ④ 法律规定停止执行的。

9. 行政复议决定的做出和生效

行政复议原则上采取书面复议制度 (即不开庭)。

行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内做出行政复议决定。

行政复议决定的效力: 行政复议决定书一经送达当事人, 即发生法律效力。

10. 行政复议决定的履行

(1) 被申请人应当履行行政复议决定。被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的, 行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。

(2) 申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的, 或者不履行最终裁决的行政复议决定的, 按照下列规定分别处理。

① 维持具体行政行为的行政复议决定, 由做出具体行政行为的行政机关依法强制执行, 或者申请人民法院强制执行;

② 变更具体行政行为的行政复议决定, 由行政复议机关依法强制执行, 或者申请人民法院强制执行。

综合练习题十

一、选择题

- 1. 民事、经济仲裁一般具有如下特点 ()。
 - A. 仲裁的进行以双方事前或事后达成的仲裁协议为前提
 - B. 从事仲裁的机构为中立的非官方机构 (民间组织)
 - C. 仲裁裁决具有对双方都具有法律效力
 - D. 从事仲裁的机构为政府机关
- 2. 在我国专门从事民事、经济仲裁的机构都称为仲裁委员会, 仲裁委员会 ()。
 - A. 必须依法设立
 - B. 属民间组织
 - C. 是社会团体法人, 相互之间不存在上下级关系
 - D. 是官方机构
- 3. 在我国可以进行民事、经济仲裁的纠纷是 ()。
 - A. 平等民事主体之间的合同纠纷和其他财产纠纷
 - B. 婚姻、收养纠纷
 - C. 监护、抚养、继承纠纷
 - D. 劳资纠纷
- 4. 当事人申请仲裁应当符合下列条件 ()。
 - A. 有仲裁协议
 - B. 有具体的仲裁请求和事实、理由



- C. 属于仲裁委员会的受理范围 D. 有证人证物
5. 仲裁协议应当具有下列内容（ ）。
- A. 请求仲裁的意思表示 B. 仲裁事项
C. 选定的仲裁委员会 D. 证人证物
6. 仲裁可以（ ）进行。
- A. 不开庭 B. 开庭公开 C. 开庭不公开 D. 只能开庭不公开
7. 仲裁庭做出的裁决书自（ ）之日起发生法律效力。
- A. 当事人签收 B. 送达 C. 做出 D. 公告
8. 仲裁委员会自收到仲裁之日起（ ）内，做出是否受理的决定。
- A. 5 日 B. 5 个工作日 C. 10 日 D. 10 个工作日
9. 下列表述中符合我国仲裁法规定的有（ ）。
- A. 仲裁实行自愿原则 B. 仲裁一律公开进行
C. 仲裁申请必须采用书面形式 D. 当事人不服仲裁裁决可以向人民法院起诉
10. 不能适用仲裁解决的争议有（ ）。
- A. 财产继承纠纷 B. 婚姻纠纷
C. 买卖合同纠纷 D. 行政纠纷
11. 因合同纠纷提起的诉讼由（ ）人民法院管辖。
- A. 原告所在地 B. 被告所在地
C. 合同履行地 D. 原告、被告所在地
12. 我国的诉讼制度实行（ ）。
- A. 两审终审制 B. 一裁终局制
C. 一审终审制 D. 不公开审判
13. 当事人不服一审判决或裁定的，可以向上一级人民法院提出（ ）。
- A. 申诉 B. 上诉 C. 起诉 D. 反诉

二、判断题

1. 我国的仲裁委员会属于社会团体法人，并非国家机关。 （ ）
2. 我国民事、经济仲裁实行“两审终审制”。 （ ）
3. 我国的经济仲裁一般是开庭公开审理而经济诉讼则相反。 （ ）
4. 经济仲裁采用协议管辖，不实行地域管辖和级别管辖。 （ ）
5. 当事人不服人民法院一审判决，上诉期限为判决书送达之日起 30 天内。 （ ）
6. 被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。 （ ）
7. 仲裁庭的裁决书与人民法院的判决书一样具有法律约束力。 （ ）
8. 因票据引起的纠纷由票据签发地和被告住所地人民法院管辖。 （ ）
9. 我国经济诉讼实行“一裁终局制”。 （ ）
10. 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地和合同签订地人民法院管辖。 （ ）
11. 上诉是对已经发生法律效力的判决、裁定不服，而向原审人民法院或人民检察院提出再审的请求。 （ ）
12. 主持民事、经济诉讼的只能是人民法院。 （ ）



经济法 基础



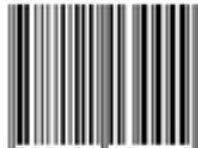
责任编辑：张云怡

封面设计：一克米工作室



本书贴有激光防伪标志。凡没有防伪标志者，属盗版图书。

ISBN 978-7-121-13444-9



9 787121 134449 >

定价：26.50元